

Kurt Pärli / Edgar Imhof

Die Vereinbarkeit der schweizerischen Rechtsordnung mit der (revidierten) Europäischen Sozialcharta

Die Schweiz hat die Europäische Sozialcharta zwar unterzeichnet, aber wegen Bedenken der Kompatibilität mit der geltenden Rechtslage bis heute nicht ratifiziert. Die Ratifikation erfordert die Einhaltung von sechs von neun Kernbestimmungen und mindestens zehn Nichtkernbestimmungen. Eine umfassende Analyse der schweizerischen Sozialrechtsordnung zeigt, dass eine Ratifikation auch hinsichtlich kritischer Kernbestimmungen möglich ist. Allfällige Defizite bestehen ohnehin bereits aufgrund anderer völkerrechtlichen Verpflichtungen.

Rechtsgebiet(e): Wirtschaftliche u. soziale Rechte; Europarecht

Zitiervorschlag: Kurt Pärli / Edgar Imhof, Die Vereinbarkeit der schweizerischen Rechtsordnung mit der (revidierten) Europäischen Sozialcharta, in: Jusletter 6. Juli 2009

Inhaltsübersicht

Einleitung

- A. Der Europarat und die Europäische Sozialcharta (ESC) bzw. die revidierte Europäische Sozialcharta (revESC)
 1. Der Europarat und seine Aufgaben
 2. Die Sozialcharta von 1961
 3. Das Änderungsprotokoll von 1991
 4. Das fakultative Kollektivbeschwerdeprotokoll von 1995
 5. Das Zusatzprotokoll von 1988
 6. Die revidierte Sozialcharta von 1996
 7. Tabellarischer Überblick über die Sozialrechte in Teil II der ESC/revESC
 8. Tabellarische Darstellung der Mitgliedstaaten des Europarates und der Europäischen Sozialcharta
 - B. Übersicht über die Auslegungsquellen und die wichtigste Literatur zur ESC/revESC
 1. Die Auslegungsquellen für die Bestimmungen der ESC/revESC und ihr juristischer Status
 2. Die wichtigsten Literaturquellen zur ESC/revESC
 - C. Geschichte der Auseinandersetzung der Schweiz mit der Europäischen Sozialcharta (ESC) bzw. mit der revidierten Europäischen Sozialcharta (revESC)
 1. Einleitung
 2. Die Unterzeichnung der ESC und der erste Anlauf zur Ratifizierung der ESC
 3. Der zweite Anlauf zur Ratifizierung der ESC (allenfalls der revESC)
 4. Aufzählung der verschiedenen Berichte schweizerischer Gesetzgebungsorgane zur Kompatibilität der ESC/revESC mit dem schweizerischen Recht
 - D. Die Kernbestimmungen der ESC/revESC und das schweizerische Recht – Beurteilung der Kompatibilität
 1. Vorbemerkung über den persönlichen Anwendungsbereich
 2. Art. 12 ESC/revESC: Das Recht auf soziale Sicherheit
 - a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen
 - b) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 12 ESC überschneiden
 - c) Beurteilung zu Art. 12 Abs. 1: Existenz eines Systems der sozialen Sicherheit
 - d) Beurteilung zu Art. 12 Abs. 2: Instandhalten des Systems der sozialen Sicherheit auf einem Niveau, das zumindest dem Standard der IAO-Konvention Nr. 102 oder der EOSS entspricht
 - e) Beurteilung zu Art. 12 Abs. 3: Fortschrittsklausel
 - f) Beurteilung zu Art. 12 Abs. 4: Gleichbehandlungen von ESC-Ausländer/innen und Rentenexport
 3. Art. 13 ESC/revESC: Das Recht auf Fürsorge
 - a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen
 - b) Differenzierungen betreffend den persönlichen Anwendungsbereich der einzelnen Absätze von Art. 13
 - c) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 13 ESC überschneiden
 - d) Beurteilung zu Art. 13 Abs. 1: Das Recht Bedürftiger auf soziale Fürsorge
 - e) Beurteilung zu Art. 13 Abs. 2: Verbot der Beschränkung politischer und sozialer Rechte von sozialhilfeabhängigen Personen
 - f) Beurteilung zu Art. 13 Abs. 3: Anspruch auf Beratung
 - g) Beurteilung zu Art. 13 Abs. 4: Das Recht auf Nothilfe von ESC-Ausländer/innen mit vorübergehendem oder unrechtmässigem Aufenthalt
 4. Art. 16 ESC/revESC: Das Recht der Familie auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz
 - a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen
 - b) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 16 überschneiden
 - c) Beurteilung zu Art. 16: Das Recht der Familie auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz
 5. Art. 7 ESC/revESC: Das Recht der Kinder und Jugendlichen auf Schutz
 - a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen
 - b) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 7 überschneiden
 - c) Beurteilung zu Art. 7: Das Recht der Kinder und Jugendlichen auf Schutz
 6. Art. 20 revESC: Das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts
 - a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen
 - b) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 20 überschneiden
 - c) Beurteilung zu Art. 20: Das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts
 7. Art. 1 ESC/revESC: Das Recht auf Arbeit
 - a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen
 - b) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 1 überschneiden
 - c) Beurteilung zu Art. 1 Abs. 1: Vollbeschäftigung
 - d) Beurteilung zu Art. 1 Abs. 2: Das Recht, seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen (zugleich Diskriminierungsverbot und Schutz der Privatsphäre im Beschäftigungsverhältnis)
 - e) Beurteilung zu Art. 1 Abs. 3: Unentgeltliche Arbeitsvermittlungsdienste
 - f) Beurteilung zu Art. 1 Abs. 4: Berufsberatung, Berufsausbildung und berufliche Wiedereingliederung
 8. Art. 5 ESC/revESC: Die Vereinigungsfreiheit
 - a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen
 - b) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 5 überschneiden
 - c) Beurteilung zu Art. 5: Die Vereinigungsfreiheit
 9. Art. 6 ESC/revESC: Das Recht auf Kollektivverhandlungen
 - a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen
 - b) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 6 überschneiden
 - c) Beurteilung zu Art. 6: Das Recht auf Kollektivverhandlungen
 10. Art. 19 ESC/revESC: Das Recht der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Beistand
 - a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen
 - b) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 19 überschneiden
 - c) Beurteilung zu Art. 19: Das Recht der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Beistand
 - E. Zusammenfassung der Ergebnisse und Bewertung – samt einigen Anmerkungen zur Praxis des Sozialrechtsausschusses
 1. Nochmals zur Kompatibilität des schweizerischen Rechts mit allen Normen der ESC/revESC (innerhalb und ausserhalb der Kernartikel)
 2. Die Ergebnisse zu den einzelnen Kernartikeln
 - a) Art. 12 ESC/revESC: Das Recht auf soziale Sicherheit
 - b) Art. 13 ESC/revESC: Das Recht auf Fürsorge
 - c) Art. 16 ESC/revESC: Das Recht der Familie auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz
 - d) Art. 7 ESC/revESC: Das Recht der Kinder und Jugendlichen auf Schutz
 - e) Art. 20 revESC: Das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts
 - f) Art. 1 ESC/revESC: Das Recht auf Arbeit
 - g) Art. 5 ESC/revESC: Die Vereinigungsfreiheit
 - h) Art. 6 ESC/revESC: Das Recht auf Kollektivverhandlungen
 - i) Art. 19 ESC/revESC: Das Recht der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Beistand
 3. Bewertungen der nicht kompatiblen Kernbestimmungen im Hinblick auf eine Ratifizierung durch die Schweiz
 - a) Die Ratifizierungspraxis der Schweiz hinsichtlich völkerrechtlicher Verträge
 - b) Gewichtung insbesondere der Abweichungen der schweizerischen Rechtsordnung von den Erfordernissen der ESC/revESC
- Die wichtigsten Abkürzungen
- Literatur
- Die wichtigsten schweizerische Materialien
- Europäische Materialien

Einleitung

[Rz 1] Die **Europäische Sozialcharta von 1961 (ESC) bzw. die revidierte Europäische Sozialcharta vom 1996 (revESC)** ist ein Menschenrechtsinstrument des Europarates, welches den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechten wie beispielsweise dem «Recht auf Arbeit», dem «Recht auf soziale Sicherheit» und dem «Recht auf berufliche Bildung» gewidmet ist. Sie stellt gewissermassen das sozialrechtliche Pendant zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950 (EMRK) dar, auch wenn die Unterscheidung zwischen Freiheits- und Sozialrechten nicht trennscharf ist. Mittlerweile haben 39 der 47 Mitgliedstaaten des Europarates die ESC und/oder die revESC ratifiziert. Die Schweiz unterzeichnete die ESC im Jahr 1976. In der Folge scheiterten indessen zwei Ratifikationsversuche im Parlament, der letzte im Jahr 2004.

[Rz 2] Die Ratifikation der ESC/revESC bedeutet nicht, dass der ratifizierende Staat sämtliche Normen dieses Vertragswerkes für sich als bindend anerkennen muss. Vielmehr kann er die Bindung mittels ausdrücklicher Bezeichnung auf einer bestimmten Anzahl von Normen der ESC/revESC beschränken (sog. **à la carte-Lösung**). So muss er zwecks Ratifikation der ESC von 1961 fünf von sieben der sog. Kernartikel der ESC für sich als bindend anerkennen und überdies so viele weitere Artikel oder nummerierte Absätze auswählen, dass sich für ihn insgesamt 10 bindende Artikel oder 45 bindende nummerierte Absätze ergeben. Weiter muss ein Staat zwecks Ratifizierung der revESC von 1996 sechs von neun der sog. Kernbestimmungen der revESC sowie weitere ganze Artikel oder auch nummerierte Absätze wählen, so dass für ihn zusammen mit den akzeptierten Kernartikeln 16 ganze Artikel oder 63 nummerierte Absätze der revESC bindend sind.

[Rz 3] In der vorliegenden Untersuchung soll der Frage nachgegangen werden, ob die schweizerische Rechtslage eine Ratifizierung des ESC bzw. der revESC erlauben würde¹. Im Verlauf der Arbeiten an dieser Frage zeigte sich Zweierlei: Erstens ist die Kontrollpraxis durch die zuständigen internationalen Organe, welche die regelmässigen Berichte der Ratifikationsstaaten über die Umsetzung der ESC/revESC auswerten, deutlich umfangreicher und detaillierter als bei andern Menschenrechtsverträgen (wie beispielsweise beim UN-Pakt über die sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechte, UN-Pakt I); zugleich ist die einschlägige, zumindest die aktuelle Literatur zu diesem wenig bekannten Vertragswerk sehr spärlich. Zweitens bestehen nie Zweifel darüber, dass die Schweiz ohne Probleme die erforderliche Gesamtanzahl von Absätzen der ESC/revESC anerkennen

kann², jedoch bestehen Zweifel, ob die Schweiz angesichts ihres nationalen Rechts die erforderliche Anzahl von Kernbestimmungen der ESC/revESC würde anerkennen können.

[Rz 4] Vor diesem Hintergrund wird der Fokus auf die Prüfung der Frage der Kompatibilität des schweizerischen Rechts mit den sog. Kernbestimmungen der ESC/revESC gelegt. Dabei ist auch die Frage zu untersuchen, ob bereits Garantien aus anderen Menschenrechtsverträgen die Anpassung von landesinternen Normen, die der ESC/revESC ganz oder teils widersprechen, erforderlich machen.

[Rz 5] Diese Arbeit ist wie folgt aufgebaut:

- In **Teil A** wird der Europarat und die ESC/revESC vorgestellt.
- **Teil B** gibt eine Übersicht über die Auslegungsquellen und die wichtigste Literatur zur ESC/revESC.
- **Teil C** beschreibt die turbulente Geschichte der Auseinandersetzung der Schweiz mit der ESC/revESC.
- **Teil D** stellt den **Hauptteil** der Untersuchung dar. Darin ist jeder Kernbestimmung ein eigener Abschnitt gewidmet. Diese Abschnitte sind immer so aufgebaut, dass zuerst der Wortlaut der einschlägigen ESC/recESC-Kernbestimmung wiedergegeben wird. Dann folgt eine kurze Schilderung von analogen Normen aus anderen Menschenrechtsverträgen, und weiter eine eingehende Untersuchung der Auslegungspraxis des zuständigen Organs zu dieser ESC/revESC-Kerngarantie plus die Untersuchung der Kompatibilität der ausgelegten Kernbestimmung mit dem schweizerischen Recht. Am Schluss jedes Abschnittes wird das Ergebnis betreffend Kompatibilität kurz zusammengefasst.
- **Teil E** stellt in Kapitel 1 nochmals dar, dass die Schweiz laut plausibler Einschätzung der Bundesverwaltung eine hinreichende Gesamtzahl von Artikeln

¹ Der Text basiert auf einem Gutachten, das im Auftrag der Verbands «AvenirSocial» durchgeführt wurde (www.avenirsocial.ch). Der Gutachterstil wurde weitgehend beibehalten. Gegenüber dem Originaltext wurde der Teil über die Kompatibilität des schweizerischen Rechts mit allen Normen der ESC/revESC weggelassen (S. 121-122 und 130-135 Originalgutachten).

² Die Bundesverwaltung kam im Bericht 2002 bzw. im Zusatzbericht 2004 zum Schluss, dass die Schweiz bei der ESC von 1961 4 ganze Kernartikel (von 7 ganzen Kernartikeln) und 23 nummerierte Absätze aus diesen 7 Kernartikeln (von 28 nummerierten Absätzen aus diesen 7 Kernartikeln) (vgl. Bericht 2002, S. 60, und insbesondere Zusatzbericht 2004, S. 9) sowie – bezogen auf alle Chartabestimmungen – insgesamt 10 ganze Artikel (von 19 ganzen Artikeln der ESC [innerhalb und ausserhalb des harten Kerns]) und 55 nummerierte Absätze (von 72 nummerierten Absätzen der ganzen ESC [innerhalb und ausserhalb des harten Kerns]) (vgl. Bericht 2002, S. 104, unter Berücksichtigung des Zusatzberichts 2004, S. 9) annehmen könne; weiter, dass die Schweiz bei der revESC von 1996 5 ganze Kernartikel (von 9 Kernartikeln der revESC) und 33 nummerierte Absätze aus diesen 9 Kernartikeln (von insgesamt 41 nummerierten Absätzen aus diesen 9 Kernartikeln) (vgl. Bericht 2002, S. 115, Zusatzbericht 2004, S. 11) sowie – bezogen auf alle Normen der revidierten Charta – insgesamt 17 ganze Artikel (von 31 ganzen Artikeln der revESC [innerhalb und ausserhalb des harten Kerns]) und 73 nummerierte Absätze (von 98 nummerierten Absätzen der ganzen revESC) (vgl. Bericht 2002, S. 163, unter Berücksichtigung des Zusatzberichts 2004, S. 11) annehmen könne.

und Absätzen der gesamten ESC/revESC als für sich bindend anerkennen kann. In Kapitel 2 werden die Ergebnisse zu den einzelnen Kerngarantien der ESC/revESC übersichtlich zusammengestellt. Kapitel 3 nimmt nicht nur eine Gewichtung oder Bewertung vor, wie weit oder wie schwerwiegend die schweizerische Gesetzgebung von Erfordernissen der Kernbestimmungen der ESC/revESC abweicht. Vielmehr gibt es auch eine Einschätzung, wieweit bereits die Entwicklungen im Rahmen von anderen Menschenrechtsverträgen oder internationalen Übereinkommen, welche die Schweiz ratifiziert hat, die festgestellten landesrechtlichen Abweichungen in Frage stellen und eine entsprechende Anpassung oder Entwicklung des Landesrechts erforderlich machen.

A. Der Europarat und die Europäische Sozialcharta (ESC) bzw. die revidierte Europäische Sozialcharta (revESC)

1. Der Europarat und seine Aufgaben

[Rz 6] Der 1949 gegründete Europarat ist die älteste pan-europäische Institution des demokratischen Europas. Der Europarat zielt anders als die EU nicht auf die Errichtung eines überstaatlichen Gebildes. Vielmehr bedient er sich der herkömmlichen Instrumente des Völkerrechts zwecks Förderung einer stärkeren Integration und Zusammenarbeit auf der Grundlage der Ideale und Grundsätze, welche das gemeinsame Erbe der europäischen Staaten bilden. Zu diesen Idealen und Grundsätzen gehören die Freiheit der Einzelperson, die politische Freiheit und die Herrschaft des Rechts, welche laut der Präambel der Satzung des Europarates vom 5. Mai 1949³ die Grundlage jeder wahren Demokratie bilden. Zu diesen Idealen und Grundsätzen zählen auch die Menschenrechte und Grundfreiheiten, darin eingeschlossen die wirtschaftlichen und sozialen Rechte⁴.

[Rz 7] Kapitel I, Art. 1 Bst. a und b der Europaratssatzung beschreiben die Aufgaben des Europarates und die zu ihrer Realisierung einzusetzenden Mittel wie folgt:

«a. Der Europarat hat die Aufgabe, einen engeren Zusammenschluss unter seinen Mitgliedern zu verwirklichen, um die Ideale und Grundsätze, die ihr gemeinsames Erbe sind, zu schützen und zu fördern und um ihren wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt zu begünstigen.

b. Dieses Ziel wird mit Hilfe der Organe des Rates erstrebt durch die Prüfung von Fragen gemeinsamen

Interesses, durch den Abschluss von Abkommen und durch gemeinsames Handeln auf den Gebieten der Wirtschaft, des sozialen Lebens, der Kultur, der Wissenschaft, der Rechtspflege und der Verwaltung sowie durch Schutz und Weiterentwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten.»

[Rz 8] Gemäss Art. 3 der Europaratssatzung «[erkennt] jedes Mitglied des Europarats ... den Grundsatz vom Vorrang des Rechts und den Grundsatz an, wonach jeder, der seiner Jurisdiktion unterliegt, der Menschenrechte und Grundfreiheiten teilhaftig werden solle. Es verpflichtet sich, aufrichtig und tatkräftig an der Verfolgung des in Kapitel I gekennzeichneten Zieles mitzuarbeiten.»

[Rz 9] Die Hauptorgane des Europarats sind nach Art. 10 der Satzung das Ministerkomitee und die beratende Versammlung (Europaparlament in Strassburg). Diesen beiden Organen steht das Sekretariat des Europarats zur Seite.

2. Die Sozialcharta von 1961

[Rz 10] Die **europäische Sozialcharta von 1961 (ESC)**⁵ ist gewissermassen der Zwillingsvertrag zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1951 (EMRK)⁶. Die EMRK schreibt in erster Linie bürgerliche und politische Menschenrechte fest, während die ESC vorab soziale und wirtschaftliche Menschenrechte enthält. Beide Texte wurden als regionale Menschenrechtsverträge im Rahmen des Europarates entworfen und den Mitgliedern zur Ratifizierung vorgelegt.

[Rz 11] Auf europäischer Ebene stehen die EMRK als Konvention über die zivilen und bürgerlichen Rechte und die ESC als Konvention über die wirtschaftlichen und sozialen Rechte in gleichermaßen ergänzendem Verhältnis wie auf Weltebene der UN-Pakt über die bürgerlichen und politischen Rechte (UN-Pakt II) und der UN-Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (UN-Pakt I). Die Schweiz hat auf europäischer Ebene bloss die EMRK ratifiziert, hingegen auf universeller Ebene sowohl den UN-Pakt I wie den UN-Pakt II. Indessen ist hervorzuheben, dass die Grenze zwischen den freiheitlichen und den sozialen Rechten nach mittlerweile gefestigtem internationalem Konsens nicht trennscharf ist.

[Rz 12] Die ESC von 1961 enthält in Teil I neunzehn Ziele, denen in Teil II neunzehn soziale Rechte entsprechen. Gemäss dem Anhang zu Teil III können die Ziele und Rechte in Teil I und II nicht vor innerstaatlichen Gerichten eingeklagt werden. Laut Teil III selbst verfolgt jeder Vertragsstaat die in Teil I enthaltenen Ziele. Ebenfalls nach Teil III soll **jeder Vertragsstaat fünf von sieben der sog. Kernartikel des Teils II für sich als bindend anerkennen** und überdies so viele weitere Artikel oder nummerierte Absätze von Teil II auswählen, dass

³ SEV Nr. 1; SR 0.192.030.

⁴ Zum Europarat vgl. Tobias Jaag, 2003, S. 17 ff., Stephan Breitenmoser/André Husheer, 2002, S. 738 ff.

⁵ SEV Nr. 35. Der Vertrag ist zu finden auf <http://conventions.coe.int>.

⁶ SEV Nr. 5, SR 0.101.

sich für ihn **insgesamt 10 bindende Artikel oder 45 bindende numerierte Absätze** ergeben. Zu den Kernbestimmungen des ESC gehören

- Art. 1 («Das Recht auf Arbeit»),
- Art. 5 («Das Vereinigungsrecht»),
- Art. 6 («Das Recht auf Kollektivverhandlungen»),
- Art. 12 («Das Recht auf soziale Sicherheit»),
- Art. 13 («Das Recht auf Fürsorge»),
- Art. 16 («Das Recht der Familie auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz») und
- Art. 19 («Das Recht der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Beistand»).

[Rz 13] Teil IV der ESC sieht ein **mehrstufiges internationales Kontrollverfahren** über die Durchführung der eingegangenen Verpflichtungen gemäss Teil II in den Vertragsstaaten vor. Die Staaten haben alle zwei Jahre einen Bericht über die interne Umsetzung abzuliefern. Ein unabhängiger Sachverständigenausschuss überprüft aus rechtlicher Sicht die Berichte und die darin enthaltenen nationalen Umsetzungsmassnahmen auf ihre Kompatibilität mit den eingegangenen Verpflichtungen und zieht daraus Schlussfolgerungen. Er hat seine Prüfungsergebnisse zusammen mit den Staatenberichten dem Regierungssozialausschuss (bestehend aus Regierungsvertreter/innen) vorzulegen. Die Berichte des juristischen Sachverständigenausschusses – eingeschlossen darin enthaltene negative Schlussfolgerungen über Verletzungen eingegangener ESC-Verpflichtungen – binden die Vertragsstaaten nicht. Dennoch geniesst das darin enthaltene «case law» juristisches Gewicht und ist mittlerweile in systematisierter Form zugänglich. Diese systematisierten Quellen zum «case law» werden in einem nachfolgenden Abschnitt separat vorgestellt⁷.

[Rz 14] Der Regierungssozialausschuss seinerseits leitet den Bericht des Sachverständigenausschusses zusammen mit einem eigenen Prüfungsbericht dem Ministerkomitee des Europarates weiter. Im Anschluss an die Berichte des Sachverständigenausschusses und des Regierungsausschusses kann das Ministerkomitee eine «Empfehlung» (recommendation) an einen Vertragsstaat richten, der eine von ihm akzeptierte Bestimmung der ESC verletzt. Eine solche Empfehlung stellt die einzige förmliche Sanktion im Rahmen des mehrstufigen Kontrollverfahrens dar, welche allerdings mit politischem Ermessen behaftet ist. Erstmals gab das Ministerkomitee im Jahr 1993 solche Empfehlungen ab. Die Fundorte dieser Empfehlungen werden ebenfalls im späteren Abschnitt über die Auslegungsquellen der Charta vorgestellt⁸.

3. Das Änderungsprotokoll von 1991

[Rz 15] In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde 1991 ein **Änderungsprotokoll** (sog. Turiner Protokoll) aufgelegt⁹. Seine Inhalte modifizieren Teil IV der ESC dahin, dass dem Sachverständigenausschuss – er wird nun als Ausschuss für soziale Rechte (Sozialrechtsausschuss) bezeichnet – mehr Gewicht gegenüber dem Regierungsausschuss verliehen wird. Einzig der Sozialrechtsausschuss ist nun für die rechtliche Bewertung der Staatenberichte zuständig, während dem Regierungsausschuss eine stärker unterstützende Funktion zugunsten des politischen Gremiums des Ministerkomitees gegeben wird¹⁰. Offiziell soll dieses Änderungsprotokoll in Kraft treten, sobald alle Vertragsparteien es ratifiziert haben. Aufgrund einer Entscheidung des Ministerkomitees wird es allerdings bereits heute weitgehend angewandt¹¹.

4. Das fakultative Kollektivbeschwerdeprotokoll von 1995

[Rz 16] Weiter wurde 1995 ein Protokoll über ein fakultatives Kollektivbeschwerdeverfahren verabschiedet¹². Dessen Bestimmungen verleihen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen und anderen Nichtregierungsorganisationen (NGO), die auf internationaler Ebene wirken und über den Beobachterstatus beim Europarat verfügen, sowie in begrenztem Umfang nationalen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen das Recht, eine Beschwerde gegen Verletzungen von Chartaverpflichtungen durch die Vertragsstaaten zu rügen. Über diese Kollektivbeschwerden entscheidet in einem ersten Schritt der Sozialrechtsausschuss (decisions). Alsdann liegt es ebenfalls am Ministerkomitee zu entscheiden, ob es eine «Empfehlung» an den betreffenden Vertragsstaat richten will¹³.

5. Das Zusatzprotokoll von 1988

[Rz 17] In materieller Hinsicht wurde die ESC im Jahr 1988 durch ein Zusatzprotokoll ergänzt¹⁴. Darin sind vier weitere soziale Menschenrechte wie namentlich das «Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts», das «Recht auf Unterrichtung und Anhörung» und das «Recht älterer Menschen auf sozialen Schutz» festgeschrieben.

⁷ Vgl. dazu hinten im Text bei Fn. 24.

⁸ Vgl. dazu ebenfalls in Fn. 28.

⁹ SEV Nr. 142.

¹⁰ Vgl. eingehender dazu Xenia Neubeck, 2002, S. 89 ff., sowie Bericht 2002, Ziff. 16.

¹¹ Europarat 2002, S. 19.

¹² SEV Nr. 158.

¹³ Europarat 2002, S. 53 ff.

¹⁴ SEV Nr. 128.

6. Die revidierte Sozialcharta von 1996

[Rz 18] Im Jahr 1996 wurde die revidierte europäische Sozialcharta (revESC) zur Ratifikation aufgelegt¹⁵. Sie enthält einmal dieselben Rechte unter derselben Artikelnummerierung wie die ESC von 1961. Dabei haben mehrere Bestimmungen Abänderungen von begrenzter Reichweite erfahren, so namentlich die Kernbestimmungen in Art. 7 Abs. 2, Abs. 4 und Abs. 7¹⁶, in Art. 12 Abs. 2 und in Art. 19 Abs. 6, wobei in Art. 19 neu ein Abs. 11 und ein Abs. 12 eingefügt wurde¹⁷. In der revidierten Sozialcharta finden sich weiter die vier Sozialrechte gemäss dem Zusatzprotokoll von 1988 sowie schliesslich acht neue Rechte wie beispielsweise das «Recht auf Unterrichtung und Anhörung in den Verfahren bei Massenentlassungen», das «Recht auf Schutz gegen Armut und soziale Ausgrenzung» oder das «Recht auf Wohnung». Teil III der revESC legt nunmehr **neun Kernbestimmungen fest, von denen jeder Vertragsstaat sechs als für sich verbindlich bezeichnen muss**. Darunter befinden sich einmal die bisherigen Kernbestimmungen (Art. 1, 5, 6, 12, 13, 16 und 19). Weiter wird der bisherigen Art. 7 (Kinderrechte), der bislang keine Kernbestimmung darstellte, nunmehr ebenfalls als Kernbestimmung bezeichnet, und schliesslich wird der bisherige Art. 1 des Zusatzprotokolls von 1988 über «das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts» in Art. 20 eingefügt und als weitere Kernbestimmung gekennzeichnet. Damit sieht die revESC folgende zusätzlichen Kernbestimmungen vor:

- Art. 7 («Das Recht der Kinder und Jugendlichen auf Schutz») und
- Art. 20 («Das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts»).

[Rz 19] Auch im Rahmen der revESC **muss zudem jede Vertragspartei weitere ganze Artikel oder auch nummerierte Absätze wählen, so dass für sie zusammen mit den akzeptierten Kernartikeln 16 ganze Artikel oder 63 nummerierte Absätze der revESC bindend sind**. Neu enthält Teil V der revESC ein allgemeines Diskriminierungsverbot, das den Bereich der in der Charta garantierten Rechte beschlägt und an die aus andern Menschenrechtsverträgen und aus den nationalen Verfassungen bekannten verpönten Merkmale wie Rasse, Geschlecht, Sprache, Religion, politische oder sonstige Anschauung usw. anknüpft. Auffällig ist dabei, dass im Gegensatz zu andern Menschenrechtsverträgen ausdrücklich auch die Gesundheit als geschriebenes verpöntes Diskriminierungsmerkmal aufgeführt wird. Im Übrigen bleibt

laut Teil IV der internationale Kontrollmechanismus derselbe wie bei der ESC von 1961. Das Kollektivbeschwerdeverfahren wird nicht als zwingender Bestandteil in die revESC integriert.

7. Tabellarischer Überblick über die Sozialrechte in Teil II der ESC/revESC

[Rz 20] Die nachfolgende Tabelle hält die in Teil II der ESC bzw. in Teil II der revESC festgehaltenen sozialen Rechte unter ihrer Originalbezeichnung (Titel der entsprechenden Artikel in der Charta) fest. Die unterstrichenen Artikel sind Kernbestimmungen der revESC. Weitere Erläuterungen finden sich in der nach der Tabelle im Text.

Tabelle: Die sozialen Rechte in Teil II der ESC bzw. Teil II der revESC

Artikel 1 – Das Recht auf Arbeit

Artikel 2 – Das Recht auf gerechte Arbeitsbedingungen

Artikel 3 – Das Recht auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen

Artikel 4 – Das Recht auf ein gerechtes Arbeitsentgelt

Artikel 5 – Das Vereinigungsrecht

Artikel 6 – Das Recht auf Kollektivverhandlungen

Artikel 7 – Das Recht der Kinder und Jugendlichen auf Schutz

Artikel 8 – Das Recht der Arbeitnehmerinnen auf Mutterschutz

Artikel 9 – Das Recht auf Berufsberatung

Artikel 10 – Das Recht auf berufliche Bildung

Artikel 11 – Das Recht auf Schutz der Gesundheit

Artikel 12 – Das Recht auf Soziale Sicherheit

Artikel 13 – Das Recht auf Fürsorge

Artikel 14 – Das Recht auf Inanspruchnahme sozialer Dienste

Artikel 15 – Das Recht behinderter Menschen auf Eigenständigkeit, soziale Eingliederung und Teilhabe am Leben der Gemeinschaft

Artikel 16 – Das Recht der Familie auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz

Artikel 17 – Das Recht der Mütter und der Kinder auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz

Artikel 18 – Das Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien

Artikel 19 – Das Recht der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Beistand

¹⁵ SEV Nr. 163.

¹⁶ Art. 7 fand sich bereits in der ESC, wurde aber erst mit der revESC zu einer Kernbestimmung.

¹⁷ Eine Liste der Änderungen in den bisherigen Bestimmungen findet sich in Europarat 2002, S. 13 ff.

Artikel 20 – Das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

Artikel 21 – Das Recht auf Unterrichtung und Anhörung

Artikel 22 – Das Recht auf Beteiligung an der Festlegung und Verbesserung der Arbeitsbedingungen und der Arbeitsumwelt

Artikel 23 – Das Recht älterer Menschen auf sozialen Schutz

Artikel 24 – Das Recht auf Schutz bei Kündigung

Artikel 25 – Das Recht der Arbeitnehmer auf Schutz ihrer Forderungen bei Zahlungsunfähigkeit ihres Arbeitgebers

Artikel 26 – Das Recht auf Würde am Arbeitsplatz

Artikel 27 – Das Recht der Arbeitnehmer mit Familienpflichten auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung

Artikel 28 – Das Recht der Arbeitnehmervertreter auf Schutz im Betrieb und Erleichterungen, die ihnen zu gewähren sind

Artikel 29 – Das Recht auf Unterrichtung und Anhörung in den Verfahren bei Massenentlassungen

Artikel 30 – Das Recht auf Schutz gegen Armut und soziale Ausgrenzung

Artikel 31 – Das Recht auf Wohnung

Artikel E – Diskriminierungsverbot (betrifft alle Chartapositionen, nicht (ab)wählbar)

[Rz 21] **Legende zur obigen Tabelle:** Art. 1-19 finden sich mit gewissen Abweichungen¹⁸ bereits in der ESC von 1961¹⁹, Art. 20-23 entstammen unverändert dem Zusatzprotokoll von 1988²⁰, Art. 24-31 sind originäre Bestimmungen der revESC von 1996²¹. Die unterstrichenen Artikel sind Kernbestimmungen der revESC, wobei Art. 7 bereits in der ESC vorhanden war, jedoch erst mit der revESC zu einer Kernbestimmung avancierte, und Art. 20 zuerst den Inhalt des Protokolls von 1988 darstellte, bevor er in die revESC als Kernbestimmung eingeführt wurde²². Das Diskriminierungsverbot in Art. E der revESC gilt im Bereich aller materiellen Chartarechte, es ist nicht (ab)wählbar.

¹⁸ Vgl. vorne im Text bei Fn. 16. Für eine Liste der Änderungen in den Bestimmungen der revESC im Verhältnis zur ESC vgl. Europarat, 2002, S. 13 ff.

¹⁹ Vgl. vorne im Text bei Fn. 5.

²⁰ Vgl. vorne im Text bei Fn. 14.

²¹ Vgl. vorne im Text bei Fn. 17.

²² Vgl. vorne im Text bei Fn. 16 und Fn. 17.

8. Tabellarische Darstellung der Mitgliedstaaten des Europarates und der Europäischen Sozialcharta

[Rz 22] Wie sich der nachfolgenden Tabelle entnehmen lässt, haben mittlerweile **39 von 47 Mitgliedstaaten des Europarates die ESC oder die revESC ratifiziert**. Die andern acht Staaten, darunter die Schweiz, haben die ESC oder die revESC zumindest unterzeichnet. Dabei lassen einige neuere Unterzeichnungen möglicherweise auf den Willen zur baldigen Ratifizierung schliessen. Angefügt werden kann, dass 14 Staaten auch das Kollektivbeschwerdeprotokoll ratifiziert haben. In der nachfolgenden Tabelle beziehen sich die fett gedruckten Daten auf die ESC von 1961, die andern Daten auf die revESC von 1996.

Mitgliedstaaten des Europarates und der Europäischen Sozialcharta (Stand 29. Juni 2007)

Mitgliedstaat	Unterzeichnung	Ratifizierung
Albania	21/09/98	14/11/02
Andorra	04/11/00	12/11/04
Armenia	18/10/01	21/01/04
Austria	07/05/99	29/10/69
Azerbaïjan	18/10/01	02/09/04
Belgium	03/05/96	02/03/04
Bosnia and Herzegov.	11/05/04	
Bulgaria	21/09/98	07/06/00
Croatia	08/03/99	26/02/03
Cyprus	03/05/96	27/09/00
Czech Republic	04/11/00	03/11/99
Denmark	03/05/96	03/03/65
Estonia	04/05/98	11/09/00
Finland	03/05/96	21/06/02
France	03/05/96	07/05/99
Georgia	30/06/00	22/08/05
Germany	29/06/07	27/01/65
Greece	03/05/96	06/06/84
Hungary	07/10/04	08/07/99
Iceland	04/11/98	15/01/76
Ireland	04/11/00	04/11/00
Italy	03/05/96	05/07/99
Latvia	29/05/07	31/01/02
Liechtenstein	09/10/91	
Lithuania	08/09/97	29/06/01
Luxembourg	11/02/98	10/10/91
Malta	27/07/05	27/07/05

Moldova	03/11/98	08/11/01
Montenegro	22/03/05	
Monaco	05/10/04	
Netherlands	23/01/04	03/05/06
Norway	07/05/01	07/05/01
Poland	25/10/05	25/06/97
Portugal	03/05/96	30/05/02
Romania	14/05/97	07/05/99
Russian Federation	14/09/00	
San Marino	18/10/01	
Serbia	22/03/05	
Slovak Republic	18/11/99	22/06/98
Slovenia	11/10/97	07/05/99
Spain	23/10/00	06/05/80
Sweden	03/05/96	29/05/98
Switzerland	06/05/76	
«Macedonia»	05/05/98	31/03/05
Turkey	06/10/04	27/06/07
Ukraine	07/05/99	21/12/06
United Kingdom	07/11/97	11/07/62
<hr/>		
Gesamt 47	4 + 43 = 47	15 + 24 = 39

[Rz 23] **Legende:** Die fett gedruckten Daten handeln von der ESC von 1961, die andern Daten von der revESC von 1996.

B. Übersicht über die Auslegungsquellen und die wichtigste Literatur zur ESC/revESC

1. Die Auslegungsquellen für die Bestimmungen der ESC/revESC und ihr juristischer Status

[Rz 24] Wie bereits dargelegt wurde, ergibt sich aus dem mehrstufigen Kontrollverfahren betreffend die Einhaltung der von den Vertragsstaaten akzeptierten Artikel der ESC bzw. nunmehr auch der revESC sowie aus dem Kollektivbeschwerdeverfahren eine Rechtspraxis zu den Bestimmungen der ESC. Diese Praxis setzt sich aus den Schlussfolgerungen im Staatenberichtsverfahren (conclusions) und den Entscheidungen im Kollektivbeschwerdeverfahren (decisions) des Sozialrechtsausschusses sowie aus den Empfehlungen (recommendations) des Ministerkomitees zusammen. Jedemfalls die «**conclusions**» und «**decisions**» werden zusammen

men auch als «**case law**» (des Sozialrechtsausschusses) bezeichnet.

[Rz 25] Der Sozialrechtsausschuss selbst wertet seine Schlussfolgerungen aus den Staatenberichten plus seine Entscheidungen in den Kollektivbeschwerdeverfahren in sog. «**statements of interpretation**» aus. Letztere fanden sich früher zu Beginn jedes Kapitels der Auswertung eines Kontrollzyklus (seien sie nach Artikel oder nach Staat geordnet), und seit dem Jahr 2006 erscheinen sie in der «**general introduction**» der Schlussfolgerungen (auch jene aus den Entscheidungen!)²³. Die hauptsächlichen Quellen für diese Praxis sind die folgenden:

- Das Suchportal «*European Social Charter Database*» enthält sowohl die «conclusions» samt «general introductions» als auch die «collective complaints»²⁴.
- Eine *Liste der bisherigen Kollektivbeschwerdeverfahren* aufgrund des Fakultativprotokolls findet sich auf der Website zur ESC/revESC. Sie enthält auch eine kurze Zusammenfassung des Inhalts jeder «complaint» und/oder «decision» und eine Verlinkung zu allen Empfehlungen des Ministerkomitees, die im Anschluss an eine «decision» getroffen wurden²⁵.
- Eine umfangreiche systematische Zusammenstellung des case law des Sozialrechtsausschusses enthält das Werk von *Lenia Samuel*, *Fundamental social rights, case law of the European Social Charter*, 2. Auflage, Strassburg 2002.
- Eine aktuellere und ebenfalls sehr umfangreiche Zusammenstellung des case law findet sich in *European Committee of Social Rights (ECSR), Digest of Case law*, December 2006²⁶.
- Jüngeren Datums sind die «statements of interpretation» in der «General Introduction – Conclusions XVIII-2» zur ESC und in der «General Introduction – Conclusions 2007» zur revESC²⁷. Anzuführen ist, dass die «conclusions» und damit auch die «general introduction» samt «statements of interpretation» des jüngsten Kontrollzyklus voraussichtlich im Oktober 2008 veröffentlicht werden.

[Rz 26] Auslegungsquellen sind zudem die **Empfehlungen** (recommendations), die das Ministerkomitee als höchstes Organ des Europarates an einen Mitgliedstaat richtet. Empfehlungen erscheinen in jüngster Zeit seltener im Anschluss

²³ Vgl. Angelika Nussberger, 2005, S. 233 und S. 261; ECSR, *Digest of case law*, 2006, S. 8 f.

²⁴ Zu finden auf <http://hudoc.esc.coe.int/esc2008/query.asp?language=en>.

²⁵ List of complaints and state of procedure, *European Social Charter* (www.coe.int/socialcharter).

²⁶ Zu finden auf www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008_en.pdf.

²⁷ Zu finden auf www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Year/XVIII2Vol1_en.pdf.

an eine negative «conclusion» des Sozialrechtsausschuss im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens; diese Empfehlungen bestätigen inhaltlich die vorangehenden negativen Schlussfolgerungen. Häufiger sind in neuerer Zeit Empfehlungen im Anschluss an «decisions», die der Sozialrechtsausschuss im Rahmen der Kollektivbeschwerdeverfahren fällte; hier aber scheinen die Empfehlungen nicht immer die «decisions» zu bestätigen. Quellen für die Empfehlungen des Ministerkomitees sind:

- Eine Aufzählung der bis Ende 1999 ausgesprochenen Empfehlungen (recommandations) des Ministerkomitees findet sich in Europarat (Hrsg.), Die Europäische Sozialcharta, Ein Leitfaden, Berlin/Heidelberg 2002, S. 37 ff.²⁸
- Zudem enthält die elektronische *Datenbank* des Ministerkomitees des Europarates die gleichen Empfehlungen plus die Empfehlungen, die in den nachfolgenden Jahren ergangen sind²⁹.
- Wie bereits dargelegt, enthält die Liste der bisherigen Kollektivbeschwerdeverfahren auf der Homepage zur ESC/revESC eine direkte Verlinkung zu jenen Empfehlungen des Ministerkomitees, die im Anschluss an solche Verfahren ergangen sind.

[Rz 27] Die conclusions und decisions des Sozialrechtsausschusses zur Charta sind – anders als etwa ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf der Grundlage der EMRK – **nicht rechtsverbindlich** für die Vertragsstaaten, ebenso wenig sind es die Empfehlungen des Ministerkomitees. Dennoch geniessen die darin enthaltenen Überlegungen aufgrund des Sachverständes der Expert/innen des Sozialrechtsausschusses für das Verständnis der Anwendung der ESC-Bestimmungen juristisches Gewicht. Die Lehre qualifiziert denn auch die allgemeinen Schlussfolgerungen und Kommentare, die gewählte Sachverständigenausschüsse im Rahmen der nichtgerichtlichen Kontrollverfahren über die Einhaltung insbesondere von Menschenrechtsverträgen abgeben, als eine neue Spielart des völkerrechtlichen «**soft law**»³⁰. Die Vertragsstaaten versuchen regelmässig den Empfehlungen des Ministerkomitees zu folgen oder sogar zuvorkommen, um die unangenehme Situation zu vermeiden, mit einer Empfehlung konfrontiert zu werden. Entsprechend führte der Bundesrat bei der Frage der Bedeutung der «general comments» des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte als Vertragsüberwachungsorgan des UN-Pakt I aus:

«Er [der Bundesrat, d.V.] bekräftigt deshalb seine prinzipielle Haltung, welche er seit der Botschaft von 1991

mehrfach festgehalten hat. Der Bundesrat hatte bereits erklärt, dass die Bemerkungen des Komitees, begleitet von Vorschlägen und Empfehlungen, keine obligatorische Gesetzeskraft haben ... Der Bundesrat legt aber besonderen Wert darauf, soweit es in seiner Möglichkeit steht, auf die Forderungen und Vorschläge des Komitees einzugehen.»³¹

2. Die wichtigsten Literaturquellen zur ESC/revESC

[Rz 28] Die beiden wichtigsten Literaturquellen zur ESC/revESC stellen unseres Erachtens die folgenden beiden Schriften dar:

- Angelika Nussberger, Sozialstandards im Völkerrecht, Eine Studie zu Entwicklung und Bedeutung der Normsetzung der Vereinten Nationen, der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarates zu Fragen des Sozialschutzes, Münchner Habilitationsschrift 2002, Berlin 2005.
- Xenia Neubeck, Die Europäischen Sozialcharta und deren Protokolle, Frankfurter Dissertation 2001, Frankfurt/Berlin/Bern usw. 2002.

[Rz 29] Die Habilitationsschrift von Angelika Nussberger stellt die internationalen Sozialstandards aus unterschiedlichen internationalen Organisationen dar. Sie untersucht dabei unter anderem Überschneidungen, welche sich aus den Normen der ESC mit Normen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO), der UN-Pakte I und II sowie der EMRK und der hierzu ergangenen Rechtsprechung ergeben. Dabei stellt sie ausführlich das case law zu Art. 12, Art. 13 Art. 16 ERSC/revESC dar. Die Dissertation von Xenia Neubeck ist ausschliesslich der ESC/revESC und insbesondere ihren Art. 12, 13, 16 und 19 gewidmet. Sie untersucht die Auswirkungen der ESC/revESC auf das deutsche Landesrecht und das EU-Recht. Weitere wissenschaftliche Werke zur ESC/revESC finden sich im Literaturverzeichnis.

C. Geschichte der Auseinandersetzung der Schweiz mit der Europäischen Sozialcharta (ESC) bzw. mit der revidierten Europäischen Sozialcharta (revESC)

1. Einleitung

[Rz 30] Die Schweiz ist seit 1963 Mitgliedstaat des

²⁸ Vgl. Europarat, 2002, S. 37 ff. (eine Kopie findet sich ebenfalls im Anhang dieser Abhandlung).

²⁹ Die Datenbank ist zu finden auf www.coe.int/T/CM/WCD/advSearch_en.asp#, dies unter Verwendung des Stichworts «RecChS».

³⁰ Angelika Nussberger, 2005, S. 230.

³¹ Vgl. Antwort des Bundesrates vom 27. November 2000 auf die Einfache Anfrage vom 5. Oktober 2000 von NR Andreas Gross, Uno-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (00.1110).

Europarates. Sie hat bekanntlich die EMRK ratifiziert³². Demgegenüber unterzeichnete sie zwar 1976 die ESC, ratifizierte aber bislang weder die ESC noch unterzeichnete oder ratifizierte sie die revidierte ESC. Die Frage des Beitritts zur ESC bzw. zur revESC beschäftigt die schweizerischen Behörden seit mehr als vierzig Jahren. Es ist eine turbulente Geschichte:

2. Die Unterzeichnung der ESC und der erste Anlauf zur Ratifizierung der ESC

[Rz 31] In den sechziger und zu Beginn der siebziger Jahre wurde der Beitritt zur ESC ursprünglich als weniger problematisch eingestuft als jener zur EMRK, da die ESC im Gegensatz zur EMRK (wohl ausschliesslich) keine unmittelbar vor Gericht einklagbaren Rechte enthält und kein übernationales Individualbeschwerdeverfahren (keine Gerichtsstanz) vorsieht. Als bald äusserte aber das damalige BIGA (heute: seco) Bedenken, dass die schweizerische Sozialgesetzgebung anhand der Vorgaben der ESC im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens durch ein internationales Sachverständigengremium beurteilt werden sollte. Nachdem die Schweiz nach einer langen innenpolitischen Debatte und insbesondere nach Einführung des Frauenstimmrechts Ende 1974 die Ratifikationsurkunde zur EMRK hinterlegt hatte³³, unterzeichnete der Bundesrat 1976 auch die ESC³⁴. Aufgrund von andauernden Meinungsunterschieden in der Verwaltung konnte der **Bundesrat** die Botschaft, in welchem er dem Parlament die Ratifikation der ESC beantragte, erst 1983 verabschieden (**Botschaft 1983**)³⁵. Jedoch lehnten sowohl der Ständerat (1984) wie der Nationalrat (1987) die Ratifizierung deutlich ab³⁶. Eine wichtige Rolle für die Ablehnung spielte die im Parlament verbreitete Befürchtung, auf dem Umweg über die Ratifizierung ein bislang in der schweizerischen Bundesverfassung nicht oder nicht eindeutig gegebenes Streikrecht anzuerkennen³⁷.

3. Der zweite Anlauf zur Ratifizierung der ESC (allenfalls der revESC)

[Rz 32] 1991 reichte die Sozialdemokratische Fraktion im Nationalrat die **parlamentarische Initiative** zur «Genehmigung der Europäischen Sozialcharta» (91.419) ein. Der Nationalrat beschloss am 29. April 1993, der Initiative Folge zu geben.

Er beauftragte seine Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK-NR), einen Entwurf für einen Bundesbeschluss auszuarbeiten, mit dem die eidgenössischen Räte den Bundesrat zur Ratifizierung der ESC ermächtigen sollten. Die SGK-NR legte dem Nationalrat am 17. November 1995 einen entsprechenden Bericht und Beschlussentwurf vor (**Bericht 1995**). Darin schlug sie vor, sechs der sieben Kernbestimmungen des ESC vollständig anzuerkennen (nämlich Art. 1 über das Recht auf Arbeit, Art. 5 über das Vereinigungsrecht, Art. 6 über das Recht auf Kollektivverhandlungen, Art. 12 über das Recht auf soziale Sicherheit, Art. 13 über das Recht auf Fürsorge sowie Art. 16 über das Recht der Familie auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz), hingegen von der siebten Kernbestimmung Art. 19 ESC (das Recht der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Beistand) bloss die Abs. 1, 2, 3, 5, 7, 9 und 10. Überdies könnten zweifellos eine genügende Anzahl von Bestimmungen ausserhalb des harten Kerns angenommen werden³⁸.

[Rz 33] In seiner diesbezüglichen Stellungnahme vom 4. September 1996 (**Stellungnahme 1996**) monierte der Bundesrat insbesondere Schwierigkeiten in Zusammenhang mit der Annahme von Art. 6 Abs. 4 ESC, der auch das Beamtenstreikrecht umfasse, und Art. 12 Abs. 3 und Abs. 4 ESC, welche eine laufende Verbesserung des Systems der sozialen Sicherheit sowie die Gleichbehandlung von Ausländer/innen, die Bürger/innen von ESC-Vertragsstaaten sind, in den Systemen der sozialen Sicherheit festschreiben würden. Der Bundesrat führte aus, angesichts der Uneinigkeit der Sozialpartner/innen bezüglich der Ratifizierung wolle er sich gegenwärtig eher drängenden Fragen der wirtschaftlichen und sozialen Lage des Landes widmen³⁹. Nach einer längeren Debatte beschloss der Nationalrat am 2. Oktober **1996, die Vorlage an die SGK-NR zurückzuweisen** mit dem Auftrag:

«die Ratifikation der Sozialcharta zu beantragen, sobald das innerstaatliche Recht des Bundes und der Kantone derart modifiziert ist, dass von den sieben so genannten «Kernartikeln» nebst den Artikeln 1, 5, 13 und 16 (unter Ausklammerung von Art. 12) entweder Artikel 6 oder Artikel 19 vorbehaltlos akzeptiert werden können»⁴⁰.

[Rz 34] Die SGK-NR gab Ende 1999 bei Professor Pascal Mahon, Neuenburg, ein Gutachten über die Kompatibilität des schweizerischen Rechts mit dem Streikrecht in Art. 6 ESC in Auftrag. Das Gutachten kam gerade auch aufgrund von

³² Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, für die Schweiz in Kraft getreten am 28. November 1974, SR 0.101.

³³ Vgl. eingehend Jon A. Fanzun, 2005, S. 194 ff.

³⁴ Vgl. eingehend Jon A. Fanzun, 2005, S. 257 ff. und insbesondere S. 273 mit Quellenangabe.

³⁵ Botschaft des Bundesrates betreffend Europäische Sozialcharta vom 13. Juni 1983, in BBl 1983 II 1241-1366.

³⁶ Amt.Bull StR 1984, S. 28-44, Amt.Bull. NR 1987, S. 1560-1594.

³⁷ Vgl. dazu hinten im Text bei Fn. 230.

³⁸ Parlamentarische Initiative Genehmigung der Europäischen Sozialcharta, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 17. November 1995, in BBl 1996 II 721 ff., 807.

³⁹ Parlamentarische Initiative Genehmigung der Europäischen Sozialcharta, Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht vom 17. November 1995 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, in BBl 1996 I 1271-1274.

⁴⁰ AB 1996 N 1729 ff., 1729.

Art. 28 der neuen Bundesverfassung (BV, in Kraft getreten am 1. Januar 2000) zu einem positiven Ergebnis. Zugleich wurde die SGK-NR gewahrt, dass sich die Rechtslage unterdessen dahin gehend geändert hatte, dass erstens die revESC nach deren Ratifizierung durch die notwendige Mindestzahl von Mitgliedstaaten im Jahr 1999 in Kraft getreten war und zweitens sich überdies das case-law des Sozialrechtsausschusses zur ESC fortentwickelt hatte. Sie erteilte daher am 11. Januar 2001 der Verwaltung den Auftrag, ihren Bericht über die Kompatibilität des Landesrechts mit der Charta den neuen Entwicklungen anzupassen und bei den Kantonen eine Vernehmlassung über die Ratifizierung durchzuführen.

[Rz 35] Unter Federführung des seco vermochte eine interdepartementale Arbeitsgruppe der Verwaltung die Aktualisierung des Berichts hinsichtlich sämtlicher Bestimmungen von Teil II der ESC plus Teil II der revESC soweit zu erstellen, als der Stand des nationalen Rechts einerseits und des case-law des Sozialausschusses andererseits bis Februar 2002 berücksichtigt wurden⁴¹. Dieser Bericht diente auch als Grundlage der im Jahr 2003 durchgeführten Vernehmlassung der Kantone. Überdies legte die Verwaltung am 29. Oktober 2004 einen Zusatzbericht vor, worin sie die Berichterstattung hinsichtlich der so genannten Kernbestimmungen der ESC bzw. der revESC für den anschliessenden Zeitraum aktualisierte⁴².

[Rz 36] Im **Bericht 2002** kam die Verwaltung unter Berücksichtigung des bis Februar 2002 ergangenen case law zum Schluss, das schweizerische Recht stimme in vollumfänglicher Weise bloss mit den Kernbestimmungen von Art. 1, Art. 5 und Art. 6 der ESC überein; von den übrigen Kernbestimmungen gingen hingegen Art. 12 Abs. 4, Art. 13 Abs. 1, Art. 16 sowie Art. 19 Abs. 4, Abs. 6 und Abs. 8 der ESC über das Schweizer Recht hinaus⁴³. Zudem könnten neun Artikel vollumfänglich oder 54 nummerierte Absätze der ESC akzeptiert werden⁴⁴. Hinsichtlich des revidierten Vertragswerks führte die Verwaltung weiter aus, das schweizerische Recht stehe vollumfänglich mit Art. 1, Art. 5, Art. 6 und Art. 20 der revESC im Einklang, während von den übrigen Kernbestimmungen Art. 7 Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 5, Art. 12 Abs. 4, Art. 13 Abs. 1, Art. 16 und Art. 19 Abs. 4, Abs. 6 und Abs. 8 revESC nicht damit vereinbar seien⁴⁵. Auch könnten 16 Arti-

kel vollumfänglich oder 72 nummerierte Absätze angenommen werden⁴⁶.

[Rz 37] Der **Zusatzbericht 2004** berücksichtigt zudem die bis dato ergangenen Änderungen im Landesrecht und Entwicklungen in der Kontrollpraxis des Sozialausschusses. Danach können von den sieben Kernbestimmungen der ESC bloss Art. 1 und Art. 16 vollständig übernommen werden, während aufgrund von neuen Entwicklungen im case law des Sozialrechtsausschusses zu Art. 5 und Art. 6 ESC deren Kompatibilität mit dem Schweizer Recht eventuell in Frage zu stellen sei. Von den übrigen Kernbestimmungen seien Art. 12 Abs. 4, Art. 13 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4, Abs. 6 und Abs. 8 ESC weiterhin nicht mit dem Schweizer Recht vereinbar⁴⁷. Von den zwei zusätzlichen Kernbestimmungen gemäss der revESC sei überdies Art. 20 vollständig mit der schweizerischen Rechtslage vereinbar, nicht kompatibel seien hingegen Art. 7 Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 5 revESC⁴⁸. Betreffend die Bestimmungen ausserhalb des harten Kerns der ESC bzw. der revESC ging das seco von der Einschätzung aus, dass sich die in der Zwischenzeit ergangenen Entwicklungen im Landesrecht und in der Kontrollpraxis nicht auf die Kompatibilität auswirkten⁴⁹.

[Rz 38] Gemäss seco sprach sich im Vernehmlassungsverfahren im Jahr 2003 eine Mehrheit der **Kantone** gegen eine Ratifizierung der ESC aus⁵⁰.

[Rz 39] Die Mehrheit der Mitglieder der SGK-NR beantragte im Bericht vom 26. November 2004 zu Händen des Nationalrates eine erneute Fristverlängerung, während eine Minderheit die Abschreibung der Initiative verlangte. Die Mehrheit begründete ihren Antrag wie folgt: «Heute stelle sich ... in erster Linie die Frage, ob eine neue Vorlage der Kommission auf die Ratifizierung der revidierten Charta von 1996 abzielen müsse. Dies müsse vertieft abgeklärt werden. Wahrscheinlich brauche es betreffend die Frage der Übereinstimmung des schweizerischen Rechts mit der Charta eine externe Expertise, weil die bisherigen Unterlagen der Verwaltung wenig brauchbar seien. Allenfalls müsse dazu eine Subkommission eingesetzt werden»⁵¹. Und die Minderheit führte fol-

⁴¹ Parlamentarische Initiative Genehmigung der Europäischen Sozialcharta, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, undatiert (Bericht 2002).

⁴² Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates SGK-N, Sitzung vom 26. November 2004, Parlamentarische Initiative Ratifizierung der Europäischen Sozialcharta, Zusatzbericht vom 29. Oktober 2004 über die Bearbeitung des Berichts (Zusatzbericht 2004).

⁴³ Bericht 2002, S. 60.

⁴⁴ Bericht 2002, S. 104.

⁴⁵ Bericht 2002, S. 115.

⁴⁶ Bericht 2002, S. 163.

⁴⁷ Ergänzungsbericht 2004, S. 9.

⁴⁸ Ergänzungsbericht 2004, S. 11.

⁴⁹ Ergänzungsbericht 2004, S. 1.

⁵⁰ Schreiben des seco vom 22. Juli 2004 zu Händen der SGK-NR, zitiert in AB 2004 N 2168 (Votum NR Triponez).

⁵¹ 91.419 – Parlamentarische Initiative Genehmigung der Europäischen Sozialcharta, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. November 2004. Die Mehrheit argumentierte zudem: «Der Bundesrat habe die Europäische Sozialcharta bereits 1976 unterzeichnet und sei bis heute nicht darauf zurückgekommen. Wie die Kommissionsmehrheit sei der Bundesrat bis 1996 immer für eine Ratifizierung der Charta eingetreten, und dies mit der Auffassung, dass alle Artikel der Charta ratifizierbar seien. Der Nationalrat habe das Geschäft dann an die Kommission zurückgewiesen, dies mit dem Auftrag, einen neuen Entwurf vorzulegen, sobald die Schweiz in der Lage sei, entweder Artikel 6 (Streikrecht)

gende Gründe an: «Die schweizerische Gesetzgebung und die föderalistische Ordnung im Sozialbereich liessen eine Ratifizierung der Europäischen Sozialcharta aus prinzipiellen Gründen nicht zu. Die in Artikel 12 Absatz 3 statuierte Pflicht, sich zu bemühen, das System der sozialen Sicherheit fortschreitend auf einen höheren Stand zu bringen, liege quer zu den Finanzierungsproblemen im Sozialversicherungsreich. Abschreiben könne man die Initiative auch, weil sich diese auf die alte Charta von 1961 beziehe.»

[Rz 40] Der Nationalrat behandelte die Sache am 17. Dezember 2004⁵². Im Rat wurde zugunsten der Abschreibung vor allem argumentiert, der Verwaltungsbericht 2000 und der Ergänzungsbericht 2004 hätten in aller Deutlichkeit gezeigt, dass die Schweiz die ESC ohne Gesetzesanpassungen nicht ratifizieren könne; überdies sei Art. 12 Abs. 3 ESC, wonach die Systeme der sozialen Sicherheit fortschreitend auf einen höheren Stand zu bringen seien, nicht mehr zeitgemäss. Zugunsten einer Verlängerung wurde vor allem angeführt, die Berichte des seco seien enttäuschend, auf dieser Grundlage könne die Kommission keine Empfehlung für oder gegen die Ratifizierung der Charta abgeben. Im Übrigen verhalte es sich hinsichtlich Art. 12 Abs. 3 ESC so, dass die Praxis des Sozialrechtsausschusses sehr wohl Konsolidierungs- und Sparmassnahmen zum Zwecke der Erhaltung der Systeme der sozialen Sicherheit als konventionskonform betrachte. Auch wurde auf die grosse Zahl der Ratifikationsstaaten der ESC erinnert. In der Abstimmung sprach sich der Nationalrat mit einem Stimmenverhältnis von 104 zu 84 für die **Abschreibung der parlamentarischen Initiative** zur Genehmigung der Sozialcharta aus.

4. Aufzählung der verschiedenen Berichte schweizerischer Gesetzgebungsorgane zur Kompatibilität der ESC/revESC mit dem schweizerischen Recht

[Rz 41] In den beiden vorangehenden Abschnitten wurden verschiedene Berichte des Bundesrates, der Verwaltung und der SGK-NR angeführt, welche die Kompatibilität des schweizerischen Rechtes mit der ESC/revESC betreffen. Der Übersichtlichkeit halber werden diese Berichte plus eine Stellungnahme des Bundesrates hier nochmals aufgelistet:

oder Artikel 19 (Recht der Wanderarbeitnehmer) vorbehaltlos anzunehmen. Mit der neuen Bundesverfassung sei die Frage des Streikrechts geklärt, wie auch ein von der Kommission in Auftrag gegebenes Gutachten von Prof. Pascal Mahon aus dem Jahre 2000 zeige. Ohnehin habe sich das System der sozialen Sicherheit in der Schweiz seit der Unterzeichnung durch den Bundesrat im Jahre 1976 beachtlich weiterentwickelt, beispielsweise mit der Mutterschaftsentschädigung, die am 1. Juli 2005 in Kraft treten werde. Im Vergleich mit den Ländern, die die Charta ratifiziert haben, besitze die Schweiz einen hohen Sozialstandard. Im Übrigen habe die Schweiz auch die UNO-Menschenrechtspakte I und II ratifiziert, welche weitgehend mit der Sozialcharta übereinstimmen.»

⁵² AB 2004 N 2168-2170.

- Botschaft des Bundesrates betreffend Europäische Sozialcharta vom 13. Juni 1983, in BBl 1983 II 1241-1366 (*Botschaft 1983*).
- Parlamentarische Initiative Genehmigung der Europäischen Sozialcharta, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 17. November 1995, in BBl 1996 II 721 ff. (*Bericht 1995*).
- Parlamentarische Initiative Genehmigung der Europäischen Sozialcharta, Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht vom 17. November 1995 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, in BBl 1996 I 1271-1274 (*bundesrätliche Stellungnahme 1996*).
- Parlamentarische Initiative Genehmigung der Europäischen Sozialcharta, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, undatiert (*Bericht 2002*).
- Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates SGK-N, Sitzung vom 26. November 2004, Parlamentarische Initiative Ratifizierung der Europäischen Sozialcharta, Zusatzbericht vom 29. Oktober 2004 über die Bearbeitung des Berichts (*Zusatzbericht 2004*).

[Rz 42] In den beiden vorangehenden Abschnitten wurden die wichtigsten Schlussfolgerungen in diesen Berichten bezüglich der Kompatibilität des schweizerischen Landesrechts vor allem mit den Kernbestimmungen der ESC/revESC wiedergegeben. Hier sollen bloss nochmals die vordergründig wichtigsten Gründe für die bislang gescheiterte Ratifizierung wiedergegeben werden. Im ersten Anlauf in den 80er Jahren war dies insbesondere die Befürchtung eines Teils der eidgenössischen Räte, über die Annahme von Art. 6 Abs. 4 über das Streikrecht auf indirektem Weg neu die Existenz eines Streikrechts in der schweizerischen Bundesverfassung anzuerkennen, während im zweiten Anlauf im Anschluss an die parlamentarische Initiative von 1991 insbesondere argumentiert wurde, Art. 12 Abs. 3 über die Verpflichtung, die Systeme der sozialen Sicherheit auf einen immer höheren Stand zu bringen, sei nicht mehr zeitgemäss. Bei beiden Anläufen wurde zudem angenommen, dass das schweizerische Recht kaum mit Art. 19 über den Schutz der Wanderarbeitnehmer/innen in Übereinstimmung zu bringen sei.

D. Die Kernbestimmungen der ESC/ revESC und das schweizerische Recht – Beurteilung der Kompatibilität

1. Vorbemerkung über den persönlichen Anwendungsbereich

Anhang der ESC/revESC, Ziffern 1 bis 3:

Persönlicher Geltungsbereich

«1. Vorbehaltlich ... des Artikels 13 Nummer 4 schließt der durch die Artikel 1 bis 17 und 20 bis 31 erfasste Personenkreis Ausländer nur insoweit ein, als sie Staatsangehörige anderer Vertragsparteien sind und ihren rechtmässigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei haben oder dort ordnungsgemäss beschäftigt sind, mit der Maßgabe, daß die genannten Artikel im Sinne der Artikel 18 und 19 auszulegen sind.

Diese Auslegung hindert eine Vertragspartei nicht, auch anderen Personen entsprechende Rechte zu gewähren.

2. Jede Vertragspartei wird Flüchtlingen im Sinne des am 28. Juli 1951 in Genf unterzeichneten Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und des Protokolls vom 31. Januar 1967, die sich rechtmässig in ihrem Hoheitsgebiet gewöhnlich aufhalten, eine Behandlung gewähren, die so günstig wie möglich, in keinem Fall aber weniger günstig ist, als in Verpflichtungen der Vertragspartei aus dem oben erwähnten Abkommen oder aus anderen gültigen internationalen Übereinkünften vorgesehen, die auf solche Flüchtlinge anwendbar sind.

3. Jede Vertragspartei wird Staatenlosen im Sinne des am 28. September 1954 in New York beschlossenen Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen, die sich rechtmässig in ihrem Hoheitsgebiet gewöhnlich aufhalten, eine Behandlung gewähren, die so günstig wie möglich, in keinem Fall aber weniger günstig ist, als in Verpflichtungen der Vertragspartei aus der oben erwähnten Übereinkunft oder aus anderen gültigen internationalen Übereinkünften vorgesehen, die auf solche Staatenlose anwendbar sind.»

[Rz 43] Während die Rechte der EMRK für alle Menschen und mithin namentlich auch für Drittstaatsangehörige gelten, welche unter die Hoheitsgewalt eines Ratifikationsstaates fallen, hat die europäische Sozialcharta einen engeren persönlichen Anwendungsbereich. Denn laut Ziffer 1 des Anhangs zur ESC/revESC begünstigen die Bestimmungen von Art. 1-17 sowie 20-31 neben den eigenen Staatsbürger/innen nur jene Ausländer/innen, die als Angehörige eines Ratifikationsstaates oder als Flüchtlinge oder Staatenlose auf dem

Gebiet eines andern Ratifikationsstaates ihren rechtmässigen gewöhnlichen Aufenthalt haben oder dort rechtmässig eine Beschäftigung ausüben⁵³.

[Rz 44] Als Ausnahme vom so definierten persönlichen Anwendungsbereich nennt die Ziffer 1 des Anhangs zur ESC/revESC die Art. 12 Abs. 4 und Art. 13 Abs. 4. Die erste Ausnahme will einzig auf die Selbstverständlichkeit hinweisen, dass das Exportgebot betreffend langfristige Sozialversicherungsansprüche ESC-Ausländer/innen, die sich rechtmässig in einem Aufnahmestaat aufhielten und dort solche Sozialversicherungsansprüche erworben haben, auch noch nach Aufgabe des Wohnortes im Gaststaat und Rückkehr in den Herkunftsstaat begünstigt⁵⁴. Die zweite Ausnahme ist hingegen substantieller Natur: Sie heisst, dass auch ESC-Ausländer/innen, die sich im Aufnahmestaat rechtmässig vorübergehend aufhalten, so beispielsweise als Tourist/innen, dort im Notfall ein Recht auf Sozialhilfe im Sinne der Nothilfe und auf medizinische Notfallmassnahmen haben⁵⁵.

2. Art. 12 ESC/revESC: Das Recht auf soziale Sicherheit

a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen

«ARTIKEL 12 – Das Recht auf Soziale Sicherheit

Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Soziale Sicherheit zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien:

1. ein System der Sozialen Sicherheit einzuführen oder beizubehalten;
2. das System der Sozialen Sicherheit auf einem befriedigenden Stand zu halten, der zumindest dem entspricht, der für die Ratifikation der Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit erforderlich ist;
3. sich zu bemühen, das System der Sozialen Sicherheit fortschreitend auf einen höheren Stand zu bringen;
4. durch den Abschluss geeigneter zwei- oder mehrseitiger Übereinkünfte oder durch andere Mittel und nach Maßgabe der in diesen Übereinkünften niedergelegten Bedingungen Maßnahmen zu ergreifen, die folgendes gewährleisten:

a) die Gleichbehandlung der Staatsangehörigen anderer Vertragsparteien mit ihren eigenen Staatsangehörigen hinsichtlich der Ansprüche aus der Sozialen Sicherheit einschließlich der Wahrung der nach den

⁵³ Für diese Vertragsausländer/innen sind die genannten Chartabestimmungen nach Massgabe von Art. 18 und 19 betreffend die Rechte von Wanderarbeitnehmer/innen und ihrer Familien auszulegen; zu Art. 19 vgl. hinten im Text bei Fn. 235.

⁵⁴ ECSR, Digest of case law 2006, S. 100.

⁵⁵ Vgl. nachfolgend im Text bei Fn. 152.

Rechtsvorschriften der Sozialen Sicherheit erwachsenen Leistungsansprüche, gleichviel wo die geschützten Personen innerhalb der Hoheitsgebiete der Vertragsparteien ihren Aufenthalt nehmen,

b) die Gewährung, die Erhaltung und das Wiederaufleben von Ansprüchen aus der Sozialen Sicherheit, beispielsweise durch die Zusammenrechnung von Versicherungs- und Beschäftigungszeiten, die nach den Rechtsvorschriften jeder der Vertragsparteien zurückgelegt wurden.»

Anhang der ESC/revESC,

Interpretationsbestimmung zu Artikel 12 Nummer 4:

«Die Worte «und nach Maßgabe der in diesen Übereinkünften niedergelegten Bedingungen» in der Einleitung zu dieser Nummer sollen unter anderem bedeuten, dass eine Vertragspartei hinsichtlich von Leistungen, die unabhängig von Versicherungsbeiträgen gewährt werden, die Zurücklegung einer vorgeschriebenen Aufenthaltsdauer vor der Gewährung derartiger Leistungen an Staatsangehörige anderer Vertragsparteien verlangen kann.»

Anhang der ESC/revESC, Ziffern 1 bis 3:

Persönlicher Geltungsbereich

«1. Vorbehaltlich ... des Artikels 13 Nummer 4 schließt der durch die Artikel 1 bis 17 und 20 bis 31 erfasste Personenkreis Ausländer nur insoweit ein, als sie Staatsangehörige anderer Vertragsparteien sind und ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei haben oder dort ordnungsgemäß beschäftigt sind, mit der Maßgabe, daß die genannten Artikel im Sinne der Artikel 18 und 19 auszulegen sind.

Diese Auslegung hindert eine Vertragspartei nicht, auch anderen Personen entsprechende Rechte zu gewähren.

2. Jede Vertragspartei wird Flüchtlingen im Sinne des am 28. Juli 1951 in Genf unterzeichneten Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und des Protokolls vom 31. Januar 1967, die sich rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet gewöhnlich aufhalten, eine Behandlung gewähren, die so günstig wie möglich, in keinem Fall aber weniger günstig ist, als in Verpflichtungen der Vertragspartei aus dem oben erwähnten Abkommen oder aus anderen gültigen internationalen Übereinkünften vorgesehen, die auf solche Flüchtlinge anwendbar sind.

3. Jede Vertragspartei wird Staatenlosen im Sinne des

am 28. September 1954 in New York beschlossenen Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen, die sich rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet gewöhnlich aufhalten, eine Behandlung gewähren, die so günstig wie möglich, in keinem Fall aber weniger günstig ist, als in Verpflichtungen der Vertragspartei aus der oben erwähnten Übereinkunft oder aus anderen gültigen internationalen Übereinkünften vorgesehen, die auf solche Staatenlose anwendbar sind.»

Änderungen gegenüber Art. 12 ESC:

«Der zweite Absatz von Artikel 12 wurde geändert. Er bezieht sich nun auf die Europäische Ordnung der Sozialen Sicherheit und nicht länger auf die ILO Konvention Nr. 102 über Mindeststandards der sozialen Sicherheit»⁵⁶.

Das Diskriminierungsverbot in Art. E revESC beschlägt alle Chartarechte

«Der Genuss der in dieser Charta festgelegten Rechte muß ohne Unterscheidung insbesondere nach der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Gesundheit, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, der Geburt oder dem sonstigen Status gewährleistet sein.»

[Rz 45] **Bearbeitungsquellen zu Art. 12 ESC/revESC:** Euro-parat, 2002, S. 163 ff.; Lenia Samuel, 2002, S. 286 ff.; ECSR, Digest of case law, 2006, S. 97 ff. und 239 ff.; Botschaft 1983, S. 1294 ff.; Bericht 1995, S. 750 ff.; Stellungnahme 1996, S. 1273; Bericht 2002, S. 34 ff. und S. 109; Ergänzungsbericht 2004, S. 6 f.; Angelika Nussberger, 2005, S. 84, 173, 261 ff., 313 ff.; Xenia Neubeck, 2002, S. 222 ff.; Greber/Kahil-Wolff, 2006, S. 122 ff.

b) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 12 ESC überschneiden

[Rz 46] Der Begriff der sozialen Sicherheit fand über die vom US-amerikanischen Präsidenten Roosevelt und vom britischen Premierminister Churchill unterzeichnete Atlantikcharta von 1941 Eingang ins internationale Sozialrecht. Er wurde von der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) zuerst in der Deklaration von Philadelphia und in die Empfehlung Nr. 44 betreffend Einkommenssicherheit sowie im Jahr 1952 ins Übereinkommen Nr. 102 über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit⁵⁷ übernommen. Das IAO-Übereinkommen Nr. 102 prägte den heute gängigen Begriff der sozialen

⁵⁶ Euro-parat, 2002, S. 15.

⁵⁷ SR 0.831.102.

Sicherheit, indem es die neun klassischen Sozialversicherungszweige wie Alter, Tod, Invalidität, Krankheit, Berufsunfall, Arbeitslosigkeit, Familienleistungen usw. beschreibt. Der Europarat erliess im Jahr 1964 die Europäische Ordnung der sozialen Sicherheit (EOSS)⁵⁸, welche ein geringfügig höheres Schutzniveau im Bereich der neun klassischen Sozialversicherungszweige als das ILO-Übereinkommen Nr. 102 vorschreibt⁵⁹. Die Schweiz ratifizierte sowohl das IAO-Übereinkommen Nr. 102 wie die EOSS.

[Rz 47] Art. 22 der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 deklariert das Recht einer jeden Person auf soziale Sicherheit. Art. 9 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Pakt I) enthält ein Recht auf soziale Sicherheit, einschliesslich der Sozialversicherungen. Indessen erfasst der Begriff der sozialen Sicherheit in Art. 9 UN-Pakt I zugleich die Sozialhilfe (welche die ESC in Art. 13 separat behandelt) und geht damit über den Begriff der sozialen Sicherheit in Art. 12 hinaus⁶⁰. Die Schweiz ratifizierte in den 1990er Jahren den UN-Pakt I⁶¹.

[Rz 48] Verschiedenste Menschenrechtsverträge kennen ein Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts, der Rasse, der Weltanschauung usw., welches unter anderem auf Materien der sozialen Sicherheit angewandt wird und rechtsprechungsgemäss auch die Ausländer/innen vor Ungleichbehandlungen schützt. Dies trifft sogar auf den Internationalen Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UN-Pakt II)⁶² und auf die Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)⁶³ zu. Aufgrund eines Vorbehalts der Schweiz im Rahmen von UN-Pakt II sowie der fehlenden Ratifizierung des 1. und des 12. Zusatzprotokolls zur EMRK gilt dies für die Schweiz allerdings nur dann, wenn eine Sozialversicherungsleistung das Familienleben beschlägt⁶⁴. In-

des beobachtet das Bundesgericht die Entwicklung im Rahmen des Verbots der Diskriminierung von Ausländer/innen im Bereich der sozialen Sicherheit sehr genau⁶⁵. Weiter hat das Bundesgericht die Frage, ob Gerichte das Diskriminierungsverbot im Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention; KRK)⁶⁶ in einem gerichtlichen Verfahren zur Anwendung kommen kann, bislang nicht beantwortet⁶⁷. Meines Erachtens ist auch ein endgültiger höchstrichterlicher Entscheid betreffend die gerichtliche Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots im UN-Pakt I noch nicht gefallen⁶⁸.

[Rz 49] Schliesslich ratifizierte die Schweiz auch das IAO-Übereinkommen Nr. 111 über Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf von 1958. Dieses erfasst Diskriminierungen aufgrund aller verpönten Merkmale wie Geschlecht, Rasse, Weltanschauung usw. ausschliesslich im Bereich der Zugangs zur Arbeit und sämtlicher Arbeitsbedingungen, eingeschlossen die staatlichen Sozialversicherungen. Während aber die vorangehend genannten Menschenrechtsverträge rechtsprechungsgemäss auch ein Diskriminierungsverbot aufgrund der Ausländereigenschaft umfassen, existiert im Rahmen des IAO-Übereinkommens Nr. 111 kein Verbot der Ausländerdiskriminierung.

c) Beurteilung zu Art. 12 Abs. 1: Existenz eines Systems der sozialen Sicherheit

[Rz 50] Die Bestimmungen von Art. 12 ESC/revESC betreffen die beitragsabhängigen und beitragsunabhängigen Sozialversicherungen, einerlei ob sie die ganze Bevölkerung (Einwohnersysteme) oder allein die Erwerbstätigen (Arbeitnehmersysteme) schützen. Die Sozialfürsorge oder Sozialhilfe (bestehend aus sozialer und medizinischer Hilfe) fällt hingegen unter Art. 13 ESC/revESC.

[Rz 51] Art. 12 Abs. 1 ESC – er hat durch Art. 12 revESC keine Änderung erfahren – verlangt die Einführung oder Beibehaltung eines «Systems der sozialen Sicherheit». Laut der Praxis des Sozialrechtsausschusses sind die Kriterien, um die Existenz eines solchen Systems zu bejahen,

- die abgedeckten Risiken,
- der erfasste Personenkreis,

⁵⁸ SR 0.831.104.

⁵⁹ Vgl. Angelika Nussberger, 2005, S. 56 ff.

⁶⁰ Vgl. Angelika Nussberger, 2005, S. 64 ff.

⁶¹ SR 0.103.1.

⁶² SR 0.103.2.

⁶³ SR 0.101.

⁶⁴ Genauer kann im Fall der Schweiz aufgrund der fehlenden Ratifizierung des 12. Zusatzprotokolls zur EMRK – es enthält ein selbständiges Diskriminierungsverbot, das alle Rechtsmaterien und damit auch den Bereich der Sozialleistungen betrifft – nur das akzessorische Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK greifen – es entfaltet seine Wirkung bloss in Bereichen, welche materiell einer andern EMRK-Garantie zugeordnet werden können (sog. Akzessorietät). Da weiter die Schweiz das 1. Zusatzprotokolls zur EMRK nicht ratifizierte – dieses enthält eine materielle Garantie des Eigentumsrecht, welche laut dem Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) auch die Materie der sozialen Sicherheit beschlägt, und überdies auch ein Recht auf Bildung –, kann das Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK im Fall der Schweiz nur, aber immerhin, im Bereich solcher Sozialversicherungsleistungen wirken, welche den materiellen Bereich von Art. 8 EMRK über die Garantie des Schutzes des Familienlebens berühren; vgl. dazu Christoph Grabenwarter, 2007, S. 47 ff., Angelika Nussberger,

2005, S. 64 ff., Edgar Imhof, 2005.

⁶⁵ Vgl. in jüngster Zeit nur BGE 134 I 105, 109 Erw. 5; BGE 133 V 367, 388 F. Erw. 11.3, SVR 2006 BVG Nr. 6 (= B 84/03).

⁶⁶ SR 0.107.

⁶⁷ Die Frage wurde noch offen gelassen in BGE 123 III 445, 499 Erw. 2b/bb. Eine implizite Anwendung des Diskriminierungsverbotes fand in SVR 2006 BVG Nr. 6 (= B 84/03) statt. Voraussichtlich wird das Bundesgericht in Luzern diese Frage in dem seit 14. April 2008 hängigen Verfahren 8C_295/2008, BSV gegen Verwaltungsgericht des Kantons Appenzell Ausserrhodens und K., zu beantworten haben.

⁶⁸ In den frühen BGE 121 V 229 und 121 V 246 verneinte das Bundesgericht diese Frage, liess dann aber nach Kritik in der Lehre dieselbe Frage in BGE 123 II 472, 478 Erw. 7d, offen.

- die Höhe der Leistungen und
- die kollektive Finanzierung und staatliche Verantwortlichkeit⁶⁹.

[Rz 52] Das Vorhandensein eines Systems im Gegensatz zu einzelnen Versicherungsregelungen wird dann bejaht, wenn die in einem Vertragsstaat realisierten Versicherungszweige eine **adäquate Anzahl grösserer Risiken** der sozialen Sicherheit. Eine angemessene Anzahl von Versicherungszweigen wurde früher auch als gegeben betrachtet, wenn ein Staat nicht sämtliche neun klassische Zweige wie Alter, Tod, Invalidität, Arbeitslosigkeit, Sach- und Geldleistungen bei Krankheit, Berufsunfall und Berufskrankheit, Arbeitslosenentschädigung, Familienleistungen (wie sie der IAO-Konvention Nr. 102 oder der EOSS zugrunde liegen) eingeführt hatte⁷⁰. Seit wenigen Jahren wird das Erfordernis der adäquaten Anzahl tendenziell dahin interpretiert, dass sieben ganz bestimmte klassische Risiken durch das System gedeckt sein sollten: «The Committee recalls that, under Article 12§1, the social security system should protect a significant proportion of the population in the following branches: health care, sickness, unemployment, old age, employment injury, family, and maternity»⁷¹. Hieraus wird in den Digest of case law geschlossen: «[T]he social security system should cover the traditional risks: health care, sickness, unemployment, old age, employment injury, family, and maternity. If they exist, invalidity and survivors' benefits are also taken into account»⁷².

[Rz 53] In neueren Schlussfolgerungen wird denn das Fehlen von einem der sieben genannten Zweige als Infragestellung für das Vorliegen eines «Systems» der sozialen Sicherheit und damit als Verletzung von Art. 12 Abs. 1 betrachtet⁷³, dies allerdings nicht ganz widerspruchsfrei. So rügte der Sozialrechtsausschuss in Falle der Türkei neben dem Fehlen einer Arbeitslosenversicherung auch das Fehlen von Familienleistungen. Nach Einführen einer Arbeitslosenversicherung in der Türkei hielt er dazu einerseits im Jahr 2004 fest: «The Committee considers that a social security system in the meaning of Article 12§1 should include a general system of family benefits», führte 2006 andererseits aber auch aus: «The Committee notes that the number of branches covered by the social security system is sufficient, though a general family branch is still missing»⁷⁴.

[Rz 54] Interessant sind auch die Betrachtungen des Ausschusses zum Umbau der Sicherung für Arbeitsunfähig-

keit (sickness benefits), welche die Niederlande Mitte der 1990er-Jahre dergestalt vorgenommen hatte, dass dieses Risiko vollständig und zwingend den Arbeitgeber/innen im Rahmen der Lohnfortzahlungspflicht überschrieben wurde (welche ihrerseits eine private Versicherung hierzu abschliessen können). In den Jahren 1998 und 2000 bezeichnete der Sozialrechtsausschuss dieses Vorgehen zwar als Verstoss gegen die Fortschrittsklausel in Art. 12 Abs. 3, insofern damit die kollektive Finanzierung in Frage gestellt und ein negativer finanzieller Anreiz für die Arbeitgeber/innen, risikogefährdete Personen im Anstellungsverfahren weniger zu berücksichtigen, geschaffen werde. Dennoch beurteilte der Ausschuss die Situation in den Niederlanden als mit Art. 12 Abs. 1 übereinstimmend⁷⁵.

[Rz 55] Demgegenüber kündigte der Ausschuss 2002 an, dass diese Veränderungen in der Krankenversicherung (und überdies ähnliche in der Invalidenversicherung) die Konformität des niederländischen Systems mit Art. 12 Abs. 1 künftig in Frage stellen könnten⁷⁶. Im Jahr 2004 führte der Ausschuss zur niederländischen Neuerung dann aus: It «calls into question the foundation and spirit of social security. The principle of collective funding is a fundamental feature of a social security system as foreseen by Article 12 of the Charter as it ensures that the burden of risks are spread among the members of the community, including employers, in an equitable and economically appropriate manner and contributes to avoiding discrimination of vulnerable categories of workers (the above-mentioned Committee of Ministers resolution refers to negative effects regarding selection for recruitment of workers with a history of medical problems). Nevertheless, before reaching a conclusion as to conformity with Article 12§1, the Committee wishes to have a more complete picture of the workings of the new funding system and notably of the safeguards that have been implemented or are under consideration with a view to mitigating any negative effects of the privatized funding system»^{77,78}.

[Rz 56] Im Jahr 2006 schloss der Ausschuss nach Erhalt weiterer Informationen: «However, and notwithstanding the information provided on the functioning of the system, the Committee considers the situation not to be in conformity with the Charter because the report does not show that the right to sickness and invalidity benefits is effectively secured as a social security right under the new system ... The Com-

⁶⁹ Angelika Nussberger, 2005, S. 314 mit Hinweis auf conclusions X 1/2, S. 84.

⁷⁰ So noch insbesondere Xenia Neubeck, S. 224.

⁷¹ Vgl. Conclusions 2006, all countries.

⁷² ESCR, Digest of case law, 2006, S. 97. In dieselbe Richtung weisen die Schlussfolgerungen XV-1, Addendum, Polen, zitiert in Bericht 2002, S. 35.

⁷³ Vgl. auch Bericht 2002, S. 35.

⁷⁴ Conclusions XVII-1, Türkei, Art. 12 Abs. 1, Conclusions, Türkei, Art. 12 Abs. 1.

⁷⁵ Conclusions XV-1, Niederlande, Art. 12 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 1.

⁷⁶ Conclusions XVI-1, Niederlande, Art. 12 Abs. 1.

⁷⁷ Conclusions XVII-1, Niederlande, Art. 12 Abs. 1.

⁷⁸ Diese Ausführungen des Sozialrechtsausschusses zur Reform der niederländischen Krankengeldversicherung zeigen, dass er den Grundsatz der Solidarität, welcher die Konstruktion der Sozialversicherungen bestimmt, sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung oder Nichtdiskriminierung, insbesondere im Sinne des Einschlusses wenig privilegierter Gruppen und damit der Garantierung des Menschenrechts auf soziale Sicherheit gerade auch für diese Gruppen, ins Zentrum seiner Überlegungen zu den Reformen von Systemen der sozialen Sicherheit stellt.

mittee concludes that the situation in the Netherlands is not in conformity with Article 12§1 of the Charter on the grounds that the information provided by the Government does not allow the Committee to assess that the right to sickness and invalidity benefits is effectively secured as a social security right for all workers»⁷⁹.

[Rz 57] Die Ausführungen zur Reform der niederländischen Krankengeldversicherung zeigen im Übrigen auch, was der Sozialrechtsausschuss ins Zentrum der Überlegungen zu den Reformen von Systemen der sozialen Sicherheit stellt. Es sind dies der Grundsatz der Solidarität, welcher die Konstruktion der Sozialversicherungen bestimmt⁸⁰, und der Grundsatz der Universalität bzw. der Gleichbehandlung oder Nichtdiskriminierung, insbesondere im Sinne des Einschlusses wenig privilegierter Gruppen und damit der Garantierung des Menschenrechts auf soziale Sicherheit gerade auch für diese Gruppen. Hierauf wird unter Art. 12 Abs. 3 zurückgekommen.

[Rz 58] Im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 stellte der Sozialrechtsausschuss zudem in zwei Fällen einen Verstoß durch Vertragsstaaten im Rahmen bestimmter Gestaltungselemente der Arbeitslosenversicherung fest. Im Falle Malta rügte der Ausschuss die ausserordentlich kurze Dauer der Leistungsausrichtung⁸¹, und im Falle Deutschlands, Norwegens und Dänemarks rügte das Komitee, dass die nationale Regelung, die einer arbeitslosen Person nicht die Möglichkeit gebe, während eines gewissen Zeitraums zu Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug **Stellenangebote oder Beschäftigungsprogramme, die ihren Qualifikationen nicht entsprechen**, abzulehnen, sondern von Beginn weg jede Arbeit als zumutbar erklären. Dabei liess das Komitee auch den Einwand der deutschen Regierung nicht gelten, entgegen der geschriebenen Rechtslage versuchten die Arbeitsmarkbehörden während einer ersten Phase die arbeitslose Person in eine ihren Fähigkeiten und Erfahrungen entsprechende Tätigkeit zu integrieren⁸².

[Rz 59] Die vorangehenden Ausführungen des Sozialrechtsausschusses insbesondere zur niederländischen Krankengeldversicherung zeigen, dass sich die Schweiz bei einer Annahme von Art. 12 Abs. 1 möglicherweise Probleme hinsichtlich der Taggeldversicherung für Arbeitsunfähigkeit einhandeln könnte. Hierauf wird am Schluss des vorliegenden Abschnitts eingegangen. Zuvor sollen die weiteren Kriterien des case law hinsichtlich der Einrichtung und Beibehaltung eines Systems der sozialen Sicherheit untersucht werden.

[Rz 60] Das Erfordernis der **Abdeckung einer signifikanten Prozentzahl** der Einwohner/innen bzw. der Erwerbstätigen

dürfte in der Schweiz für acht Versicherungszweige ohne weiteres erfüllt sein. Dies gilt umso mehr, als das Bundesgesetz über die Familienzulagen – es wird voraussichtlich per 1. Januar 2009 in Kraft treten – nunmehr auch Nichterwerbstätige mit bescheidenem Einkommen anspruchsberechtigt sind⁸³.

[Rz 61] Das Erfordernis eines **hinreichenden Deckungsgrades** von Geldleistungen, die als Ersatz von Einkommen dienen, präzisiert der Sozialrechtsausschuss dahin gehend, dass diese in einem vernünftigen Verhältnis zum vorherigen Einkommen stehen sollten. Auch dürfen sie nie unter die von Eurostat definierte Armutsschwelle von 50 % des Medianeinkommens fallen. Zur Berechnung des Medianeinkommens werden die Einkommen – gleich welcher Herkunft – aller Haushaltsmitglieder zusammengezählt und die Summe durch die Anzahl von «Äquivalenz-Erwachsenen» im Haushalt (definiert anhand der modifizierten OECD-Äquivalenzskala) geteilt⁸⁴.

[Rz 62] Unter dem Kriterium der **kollektiven Finanzierung und der letztlich staatlichen Verantwortlichkeit** versteht der Ausschuss, dass die Versicherungen durch Beiträge von Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen oder durch Steuern finanziert werden. Wie sich den obigen Schlussfolgerungen zu den Änderungen in der niederländischen Krankengeldversicherung entnehmen lässt, meint kollektive Finanzierung zudem insbesondere eine bestimmte Form von Solidarität dergestalt, dass die Aufwendungen für schwächere wirtschaftliche oder risikonähere Gruppen jedenfalls im Bereich der Arbeitnehmerversicherung in einer gerechten und ökonomisch angemessenen Weise auch von stärkeren Gruppen mitgetragen werden. Dies setzt eine obligatorische Versicherung voraus⁸⁵. Die letztlich staatliche Verantwortung bezeichnet den Umstand, dass von Gesetzes wegen irgendeine Form der Garantie der Leistungen auch für den Fall besteht, dass der Arbeitgeber die Beiträge nicht abliefert⁸⁶.

[Rz 63] Anzuführen ist, dass Leistungen in den Bereichen Mutterschaft und Familienlasten im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 nur «gezählt» werden, während die inhaltliche Prüfung die-

⁷⁹ Conclusions XVIII-1, Niederlande, Art. 12 Abs. 1.

⁸⁰ Zur Solidarität als Konstruktionsprinzip in den schweizerischen Sozialversicherungen vgl. Meret Baumann, 2008.

⁸¹ Conclusions XVIII-1, Malta, ad Art. 12 Abs. 1.

⁸² Vgl. dazu ECSR, Digest of case law, 2006, S. 98 mit Hinweisen.

⁸³ Art. 19 FamZG ((in Krafttreten voraussichtlich per 1. Januar 2009).

⁸⁴ Digest of case law 2006, S. 98 und S. 239 mit Quellenhinweisen.

⁸⁵ ECSR, Digest of case law, 2006, S. 100 mit Hinweis auf conclusions XIV-1, Statement of Interpretation, Art. 12 (allerdings dort nicht auffindbar): «This condition on any changes to a social security system means that states must maintain basic, compulsory social security systems which are sufficiently extensive, as this is the only effective guarantee against the differential treatment inherent in optional insurance schemes. The collective nature of the funding of compulsory social security, through contributions and/or taxation, is a key element in this guarantee, as it allows the risk to be apportioned between the different members of the group».

⁸⁶ Vgl. auch Digest of case law 2006, S. 238: «Further, the state must be the guarantor of the contributions».

ser Systeme nach persönlichem Anwendungsbereich, Deckungsgrad usw. im Rahmen von Art. 8 und 16 stattfindet⁸⁷.

[Rz 64] *Conclusio*: Was die Schweiz betrifft, so sind die vier aufgezählten Erfordernisse der abgedeckten Risiken, des erfassten Personenkreises, der Höhe der Leistungen und der kollektiven Finanzierung und staatlichen Verantwortlichkeit hinsichtlich acht von neun Zweigen der sozialen Sicherheit wohl ausnahmslos erfüllt. Namentlich ist festzustellen, dass die im Zusatzbericht 2004 noch geäußerte Befürchtung, wonach die Schweiz aufgrund des Fehlens eines Mutterschaftsgeldes Art. 12 Abs. 1 nicht erfüllen könne⁸⁸, nach Einführung der Mutterschaftsentschädigung (EOG) per 1. Juli 2005 vollumfänglich gegenstandslos geworden ist.

[Rz 65] Als problematisch könnte sich hingegen die schweizerische Situation hinsichtlich der Krankentaggeldversicherung erweisen. Zwar gilt einerseits das Taggeld für Nichtberufsunfall, das die Arbeitgeber/innen für alle Arbeitnehmer/innen mit einem wöchentlichen Arbeitspensum von mindestens acht Stunden abschliessen müssen (vgl. Art. 13 UVV), als Krankengeld im Sinne der ESC⁸⁹. Andererseits aber ist die Taggeldversicherung nach Art. 67 KVG als freiwillige Individualversicherung trotz der Kontrahierungspflicht der Krankenversicherer aufgrund der adversen Risikoselektion und der fehlenden Mindesthöhe des Taggeldes wenig effektiv⁹⁰. Immerhin vermögen die kollektive soziale Taggeldversicherung nach 67 Abs. 3 KVG, welche von Arbeitgeber/innen, Arbeitnehmer/innen oder Berufsverbänden abgeschlossen werden kann, sowie die private Taggeldversicherung nach VVG weiten Kreisen der Erwerbstätigen eine gute Krankengeldversicherung zu garantieren. Abgesehen von gewissen Problemen – wie der Höhe der Prämie beim Übertritt in die Einzelversicherung infolge Auflösung des Arbeitsvertrages – leidet dieses System eben gerade daran, dass hier der Abschluss weitgehend in die Hände des Arbeitgeber/innen oder der Sozialpartner/innen gelegt ist und zumindest «Randgruppen» oder «Teilgruppen» in der Arbeitswelt einen solchen Schutz nicht geniessen. Dies könnte in Anlehnung der Ausführungen des Sozialrechtsausschusses zur Reform der niederländischen Krankengeldversicherung als Verletzung des Rechts auf soziale Sicherheit im Bereich des Krankentaggeldes bezeichnet werden.

[Rz 66] Zudem ist festzuhalten, dass die Zumutbarkeitsregelung für die Teilnahme an einem Beschäftigungsplatz oder -training nach Art. 16 AVIG in Verbindung mit 64a AVIG sowie nach Art. 7a IVG (in der seit 1. Januar 2008 geltenden

Fassung) – danach können Arbeitslose oder von Invalidität bedrohte Personen zur Teilnahme an einem Beschäftigungstraining verpflichtet werden, ohne dass dabei ihre bisherige Berufserfahrung oder ihre beruflichen Fähigkeiten berücksichtigt werden müssen – nicht mit dem case law zu Art. 12 Abs. 1 übereinstimmen⁹¹.

[Rz 67] Im *Ergebnis* ist somit festzustellen, dass die Schweiz bei Annahme von Art. 12 Abs. 1 allfällige Probleme hinsichtlich des Fehlens einer obligatorischen Krankengeldversicherung gegenwärtigen müsste. Auch sollten die Zumutbarkeitskriterien für die Teilnahme an Beschäftigungsprogrammen und -trainings, wie sie im Rahmen des AVIG und neuerdings des IVG vorgesehen sind, dahin geändert werden, dass darin die bisherige Berufserfahrung und die Fähigkeiten der betroffenen Personen angemessen berücksichtigt werden.

d) Beurteilung zu Art. 12 Abs. 2: Instandhalten des Systems der sozialen Sicherheit auf einem Niveau, das zumindest dem Standard der IAO-Konvention Nr. 102 oder der EOSS entspricht

[Rz 68] Nach Art. 12 Abs. 2 revESC müssen die Staaten das System der sozialen Sicherheit auf einem befriedigenden Stand halten, der zumindest demjenigen entspricht, der für die Ratifikation der Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit (EOSS) von 1964 erforderlich ist, während Art. 12 Abs. 2 ESC denjenigen Stand als befriedigend bezeichnet, der der IAO-Konvention Nr. 102 von 1952 über die Mindestnormen der sozialen Sicherheit entspricht.

[Rz 69] Sowohl die IAO-Konvention Nr. 102 wie auch die EOSS enthalten harmonisierende Mindeststandards hinsichtlich der neun klassischen Zweige der sozialen Sicherheit (Alter, Tod, Invalidität, Arbeitslosigkeit, Sach- und Geldleistungen bei Krankheit, Berufsunfall und Berufskrankheit, Arbeitslosenentschädigung, Familienleistungen). Die Vertragsstaaten müssen im Rahmen der IAO-Konvention Nr. 102 die darin enthaltenen Normen mindestens hinsichtlich drei klassischer Risiken und im Rahmen der EOSS mindestens hinsichtlich sechs klassischer Risiken anerkennen (wobei im Rahmen der EOSS gewisse Risiken doppelt gezählt werden). Der Mindeststandardcharakter der beiden Vertragswerke zeigt sich insbesondere darin, dass im Rahmen der einzelnen Zweige die Abdeckung einer bestimmten Mindestprozentzahl der Arbeitnehmer/innen, Erwerbstätigen oder Einwohner/innen sowie die Gewährung von Geldleistungen in der Mindesthöhe eines bestimmten Prozentsatzes des Gehalts eines Modelleleistungsempfängers (beispielsweise gelernter männlicher Arbeitnehmer, verheiratet, zwei Kindern) errechnet. Die EOSS ist eine euroregionale Umsetzung der IAO-Konvention Nr. 102 mit geringfügig höheren Standards und stimmt ansonsten zu grossen Teilen wortwörtlich mit der letzteren überein. Ein vordergründiger Unterschied besteht

⁸⁷ Vgl. ECSR, Digest of Case law 2006, S. 98.

⁸⁸ Ergänzungsbericht 2004, S. 35.

⁸⁹ Denn der Einbezug von Nichtberufsunfällen ins schweizerische Unfallversicherungsgesetz stellt ein – historisch bedingtes – Unikat innerhalb der Sozialversicherungen in europäischen Ländern dar, da sich ansonsten die nationalen Unfallversicherungsgesetze auf die Risiken Berufsunfall und Berufskrankheit beschränken.

⁹⁰ Vgl. auch Gerhard Eugster, 2007, S. 47 ff., 53.

⁹¹ Vgl. vorne im Text bei Fn. 82.

immerhin darin, dass die IAO-Konvention Nr. 102 in Art. 68 ein Gleichbehandlungsgebot zugunsten von Ausländer/innen enthält, welches indes für steuerfinanzierte Leistungen sofort wieder eingeschränkt wird und für beitragsabhängige Leistungen vom Abschluss zweiseitiger Sozialversicherungsabkommen abhängig gemacht werden kann⁹².

[Rz 70] Die Schweiz hat bereits 1977 sowohl die IAO-Konvention Nr. 102⁹³ als auch die EOSS⁹⁴ jeweils unter Anerkennung der darin enthaltenen Vorschriften über die Risiken Alter, Tod, Invalidität, Berufsunfall/Berufskrankheit und Familienlasten ratifiziert und hält diese Mindestvorschriften problemlos ein.

[Rz 71] Der Sozialrechtsausschuss überprüft die Konformität des mitgliedstaatlichen Systems der sozialen Sicherheit mit den genannten beiden Vertragswerken nur unter dem Aspekt der vom jeweiligen Staat angenommenen Risiken⁹⁵. Im Falle Finnlands als eines Staates, der die IAO-Konvention Nr. 102 nicht ratifiziert hat, bemerkte der Ausschuss auch schon, dass das Niveau der sozialen Sicherung diesem Staat die Ratifizierung der IAO-Konvention problemlos erlaubte. Soweit die Mitgliedstaaten der ESC/revESC tatsächlich die IAO-Konvention Nr. 102 bzw. die EOSS ratifiziert haben, stützt sich der Sozialrechtsausschuss bei der Beurteilung der Konformität der innerstaatlichen Rechtslage mit Art. 12 Abs. 2 auch auf die Folgerungen, welche die IAO-Expert/innen hinsichtlich dieser beiden Abkommen machen (auch die Einhaltung der EOSS wird von IAO-Expert/innen überprüft)⁹⁶.

[Rz 72] Als *Ergebnis* kann somit festgehalten werden, dass Art. 12 Abs. 2 über das Instandhalten des Systems der sozialen Sicherheit auf einem Niveau, das zumindest demjenigen der Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit entspricht, bei einer Annahme keine Probleme für die Schweiz schafft, das sie diese Ordnung im Jahr 1997 unterzeichnet hat und auch einhält.

e) Beurteilung zu Art. 12 Abs. 3: Fortschrittsklausel

[Rz 73] Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 3 ist in der ESC und in der revESC identisch. Nach dieser Bestimmung sollen sich die Vertragsstaaten bemühen, ihre Systeme der sozialen Sicherheit auf einen immer höheren Standard zu bringen. Diese Fortschrittsklausel atmet den Geist der 60er-Jahre. Während der Sozialrechtsausschuss sich bis Ende der 70er-Jahre mit der Feststellung quantitativer Fortschritte beim Ausbau der Systeme der sozialen Sicherheit in den Mitgliedstaaten be-

gnügen konnte, legt er die Fortschrittsklausel seit den 90er-Jahren in einer qualitativen und restriktiven Weise aus⁹⁷.

[Rz 74] Nach dieser neuen Auslegung werden Massnahmen, welche die Leistungen der Sozialversicherungen zwecks Konsolidierung der finanziellen Basis der Sozialversicherungen zurückbauen, (im Folgenden: **regressive Massnahmen**) **nicht per se als Verstoß gegen Art. 12 Abs. 3** betrachtet, sofern damit nicht der wirksame Schutz aller Mitglieder der Gesellschaft aufgehoben oder das System in ein blosses Sozialhilfesystem verwandelt wird:

«Measures to consolidate public finances may be considered as a means to contribute to the maintenance and sustainability of the social security system. However, any modifications should not undermine the effective social protection of all members of society against social and economic risks and transform the social security system into a basic social assistance system»⁹⁸.

[Rz 75] Der Sozialrechtsausschuss kommentierte verschiedene regressive Massnahmen in den Vertragsstaaten kritisch, stellte aber selten eine Unvereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 3 fest. Die im vorangegangenen Abschnitt zu Art. 12 Abs. 1 wiedergegebenen Schlussfolgerungen des Sozialrechtsausschusses zur Reform der niederländischen Krankengeldversicherung⁹⁹ zeigen, dass der Ausschuss den **Grundsatz der Solidarität**, welcher die Konstruktion der Sozialversicherungen bestimmt¹⁰⁰, sowie den **Grundsatz der Universalität bzw. der Gleichbehandlung oder Nichtdiskriminierung, insbesondere im Sinne des Einschlusses wenig privilegierter Gruppen** und damit der Garantierung des Menschenrechts auf soziale Sicherheit gerade auch für diese Gruppen, ins Zentrum seiner Überlegungen zu den Reformen von Systemen der sozialen Sicherheit stellt. Dabei nimmt der Ausschuss bei seiner Beurteilung von Rückbaumassnahmen eine Art **Verhältnismässigkeitsprüfung** unter gleichzeitiger Betrachtung des gesamten Systems vor¹⁰¹. Dementsprechend werden die Vertragsstaaten im Rahmen des Berichtsverfahrens zu Art. 12 Abs. 3 jeweils aufgefordert, Angaben zu Inhalt, Grund, Ausmass, Erforderlichkeit und Ergebnissen von Reformen zu machen¹⁰².

[Rz 76] Eine Unvereinbarkeit mitgliedstaatlicher Reformen mit Art. 12 Abs. 3 stellte der Sozialrechtsausschuss insbesondere in zwei Fällen betreffend Niederlande und Deutschland fest. Im Falle der Niederlande betrachtete der Ausschuss die oben

⁹² Vgl. Bettina Kahil-Wolff/Pierre-Yves Greber, 2006, S. 147 ff. und 170 ff.; Angelika Nussberger, 2005, S. 126 ff. und S. 132 f.

⁹³ SR 0.831.102.

⁹⁴ SR 0.831.104.

⁹⁵ Damit geht heute die Prüfung von Art. 12 Abs. 1 hinsichtlich des Umfangs des Systems über jene von Art. 12 Abs. 2 hinaus.

⁹⁶ Zu diesem Absatz vgl. auch ECSR, Digest of case law, 2006, S. 99.

⁹⁷ Angelika Nussberger, 2005, S. 84 und S. 316; Xenia Neubeck, 2002, S. 227.

⁹⁸ Conclusions XIV-1, Statement of Interpretation, ad Art. 12; ECSR, Digest of case law, 2006, S. 100.

⁹⁹ Vgl. oben im Text bei Fn. 75.

¹⁰⁰ Zur Solidarität als Konstruktionsprinzip der schweizerischen Sozialversicherungen vgl. Meret Baumann, 2008.

¹⁰¹ Vgl. dazu eingehend Angelika Nussberger, 2005, S. 318 f.

¹⁰² Vgl. ECSR, Digest of case law 2006, S. 99 und S. 240 mit Hinweis auf Conclusions XVI-1, General Introduction; Xenia Neubeck, 2002, S. 228.

angeführte Überwälzung des Risikos der Arbeitsunfähigkeit auf den Arbeitgeber in der Krankengeldversicherung als unverhältnismässige Verletzung von Art. 12 Abs. 3 und begründete dies damit, dass diese Änderung die kollektive Finanzierung auflöse und zum möglichen inversen Effekt der Verminderung der Einstellung von krankheitsgefährdeten Personen führe¹⁰³. Im Falle Deutschlands wurden Änderungen im deutschen Arbeitslosenversicherungsrecht, welche per 1. Januar 2006 die maximale Bezugsdauer von 36 auf 12 Monate reduzierten, als Verletzung taxiert und dies damit begründet, dass den Angaben der deutsche Regierung keine hinreichenden Gründe insbesondere für Ausmass und Notwendigkeit dieses scharfen Einschnitts ins Sicherungssystem hätten entnommen werden können¹⁰⁴.

[Rz 77] Weiter bedachte der Sozialrechtsausschuss Rückbaumassnahmen in den Mitgliedstaaten bisweilen zwar mit kritischen Worten, betrachtete sie aber nicht als Verstoss gegen die Fortschrittsklausel, insbesondere wenn sie durch flankierende Massnahmen zur Verbesserung oder Stützung der Situation benachteiligter Gruppen begleitet werden. Dies traf beispielsweise im Falle Belgiens auf eine Reform der Krankenpflegeversicherung zu, die hohe Zuzahlungen (Selbstbehalte) von 40 % einführt, und auf eine Reform der Rentenversicherung, in welcher Vergünstigungen für Frauen abgebaut wurden. Der Ausschuss hob in beiden Fällen die Bedeutung der flankierenden Massnahmen hervor, welche in der Form der Unterstützung besonders einkommenschwacher Gruppen und in der Einführung der Berücksichtigung von Erziehungszeiten und der Festlegung von Mindestrenten bestanden¹⁰⁵.

[Rz 78] Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass die bereits im Rahmen der Beurteilung von Art. 12 Abs. 1 als konventionswidrig angeführten Zumutbarkeitsregelungen im Bereich der Arbeitslosenversicherung¹⁰⁶ – sie zwingen die versicherten Personen ab dem ersten Tag des Bezugs von Arbeitslosengeld jede Arbeit und jeden Beschäftigungsprogrammplatz ungeachtet ihrer Fähigkeiten und Erfahrungen anzunehmen – zuerst als mitgliedstaatliche Reformmassnahmen ins Blickfeld des Ausschusses gerieten, weshalb dieser die Massnahmen zuerst bzw. zugleich als Verstoss gegen Art. 12 Abs. 3 betrachtete.

[Rz 79] Zusammenfassend belässt die Kontrollpraxis des Sozialrechtsausschusses zur Fortschrittsklausel sehr viel Spielraum für mitgliedstaatliche Reformen der Sozialversicherungen, die der Sicherung der Nachhaltigkeit der Systeme dienen.

[Rz 80] Im *Ergebnis* ist daher in Übereinstimmung mit dem

Bericht 2002 und dem Zusatzbericht 2004 davon auszugehen, dass die Schweiz bei einer Annahme von Art. 12 Abs. 3 voraussichtlich keine negativen Schlussfolgerungen zu gegenwärtigen hat. Eine Ausnahme wäre allerdings dann gegeben, wenn in weiteren Zweigen – aber in welchen? – die gleiche Zumutbarkeitsregelung bei Annahme eines Beschäftigungsplatzes oder -trainings wie in Art. 16 AVIG in Verbindung mit 64a AVIG sowie in Ar. 7a IVG (in der seit 1. Januar 2008 geltenden Fassung) eingeführt würden. Denn nach diesen Bestimmungen können Arbeitslose oder von Invalidität bedrohte Personen auch zur Teilnahme an einem Beschäftigungstraining verpflichtet werden, ohne dass dabei ihre bisherige Berufserfahrung oder ihre beruflichen Fähigkeiten berücksichtigt werden müssen.

f) **Beurteilung zu Art. 12 Abs. 4: Gleichbehandlungen von ESC-Ausländer/innen und Rentenexport**

[Rz 81] Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 4 verpflichtet die Mitgliedstaaten in erster Linie zum gegenseitigen Abschluss von sozialversicherungsrechtlichen Koordinationsabkommen (*«by the conclusion of bilateral or multilateral agreements ...»*; hierzu gehören vor allem die herkömmlichen zweiseitigen Sozialversicherungsabkommen und die EU-Verordnung Nr. 1408/71) zwecks Gleichbehandlung der Staatsangehörigen der andern Mitgliedstaaten, der Aufrechterhaltung von Rentenanwartschaften (d.h. des Rentenexport) und der Zusammenrechnung der Versicherungszeiten. Zudem legt der Sozialrechtsausschuss diese Bestimmung dahin aus, dass sie die Mitgliedstaaten auch ohne gegenseitige Koordinationsabkommen (*«... or by other means»*) zur Gleichbehandlung von Angehörigen aller andern Vertragsstaaten (die die ESC im Allgemeinen, aber nicht notwendig deren Art. 12 Abs. 4 ratifiziert haben!), zum Rentenexport ins Gebiet anderer Mitgliedstaaten und zur Zusammenrechnung von Versicherungszeiten verpflichtet. Insbesondere wenn keine starken Wanderungsströme zwischen zwei Staaten bestehen, so kann anstelle des Abschlusses von Sozialversicherungsabkommen auf den einseitigen Erlass von Koordinationsmassnahmen zurückgegriffen werden. In Abweichung vom Gleichbehandlungsgebot ist in Anhang zur ESC/revESC betreffend Art. 12 Abs. 4 festgehalten, dass die Ratifikationsstaaten die Ausrichtung von beitragsunabhängigen Leistungen an ESC-Ausländer/innen vom vorgängigen Zurücklegen von Wohnzeiten im Aufnahmestaat abhängig machen können, selbst wenn ein solches Erfordernis für die eigenen Staatsbürger/innen nicht besteht. Im Staatenberichtsverfahren misst der Ausschuss die einseitigen oder zweiseitigen Regelungen der Ratifikationsstaaten oft an den bekannten Koordinationsabkommen des Europarates, so an den Vorgaben der beiden Interimsabkommen von 1953 und denjenigen des Europäischen Abkommens über soziale Sicherheit von 1972, das

¹⁰³ Vgl. dazu oben im Text bei Fn. 75.

¹⁰⁴ Conclusions XVIII-1, Germany, Art. 12 Abs. 3.

¹⁰⁵ Für Quellenangaben sowie für weitere Beispiele vgl. Angelika Nussberger, 2005, S. 262 f. und S. 316 ff.

¹⁰⁶ Vgl. vorne im Text bei Fn. 82.

eine umfassende Koordination nach dem Vorbild der Verordnung Nr. 1408/71 anstrebt (EASS)¹⁰⁷.

[Rz 82] Vorab sei auch hervorgehoben, dass Art. 12 Abs. 4 laut dem Sozialrechtsausschuss **direkte und indirekte Diskriminierungen** von ESC-Ausländer/innen im Bereich der Sozialversicherungen verbietet. Direkte Diskriminierungen geschehen dadurch, dass der Versicherungsanschluss oder eine Leistung ausschliesslich den eigenen Staatsbürger/innen vorbehalten bleibt oder dass für Ausländer/innen ein im Vergleich zu Inländer/innen zusätzliches Erfordernis aufgestellt wird. Eine Ausnahme von Verbot der direkten Diskriminierung gilt, wie oben erwähnt, im Bereich der beitragsunabhängigen Leistungen; hier darf ein Staat von ESC-Ausländer/innen namentlich das Zurücklegen einer bestimmten Wohndauer vorgängig des Leistungsbezugs verlangen. Indirekt diskriminierend sind Leistungsvoraussetzungen, die formell zwar gleichermassen für die eigenen Staatsbürger/innen wie für die Ausländer/innen gelten, tatsächlich aber häufiger den Ausländer/innen zum Nachteil gereichen. Als mögliche Beispiele von indirekten Ungleichbehandlungen bezeichnet der Ausschuss das **Erfordernis des inländischen Wohnortes für die Leistungsausrichtung** oder das **Erfordernis des Zurücklegens einer Mindestversicherungs-, Mindestbeschäftigungs- oder Mindestwohndauer vorgängig des Leistungsbezugs**. Solche Erfordernisse sind grundsätzlich rechtfertigbar, jedoch behält sich der Ausschuss die Prüfung vor, ob sie in einem konkreten Fall verhältnismässig sind. Ein Ratifikationsstaat darf die Einhaltung des Diskriminierungsverbots gegenüber einem bestimmten ESC-Ausländer nicht davon abhängig machen, dass dessen Herkunftsstaat seinerseits die Bürger/innen des ersten Staates ebenfalls gleich behandelt (kein Reziprozitätserfordernis)¹⁰⁸.

[Rz 83] Die in Art. 12 Abs. 4 angesprochenen Abkommen sind weltweit regelmässig nach denselben Grundsätzen aufgebaut. Diese Grundsätze finden sich auch in «Musterabkommen» der IAO und des Europarates¹⁰⁹. Koordinationsabkommen enthalten stets ein grundsätzliches Gebot der Gleichbehandlung von Angehörigen des Partnerstaates mit den eigenen Staatsangehörigen betreffend Sozialversicherungen und sehen den ungekürzten Export von Renten für Alter, Invalidität, Tod sowie für Berufsunfall und Berufskrankheit

vor. Soweit das Landesrecht für die Entstehung insbesondere von Renten die vorgängige Zurücklegung einer Mindestbeitragsdauer voraussetzen, enthalten diese Abkommen oft den Grundsatz der Anrechnung der im Partnerstaat zurückgelegten Vorversicherungs- und Beitragszeiten an die im Aufnahmestaat im gleichen Versicherungszweig zurückgelegten Versicherungs- und Beitragszeiten bzw. (gerade im Falle der schweizerischen AHV/IV) eine verkürzte Mindestversicherungsdauer für die Entstehung des Rentenanspruchs.

[Rz 84] Die Schweiz hat solche Abkommen mit zahlreichen ESC-Vertragsstaaten geschlossen. So betreffen allein schon das Personenfreizügigkeitsabkommen EU-Schweiz (FZA)¹¹⁰ und das EFTA-Übereinkommen¹¹¹ und die darin enthaltene Koordinationsverordnung Nr. 1408/71¹¹² – sie erfasst in sachlicher Hinsicht alle neun klassischen Zweige der sozialen Sicherheit – zum gegenwärtigen Zeitpunkt 28 Staaten (und werden möglicherweise in Bälde auch auf Rumänien und Bulgarien ausgedehnt). Dem **FZA/EFTA-Übereinkommen** liegt ein sehr streng gehandhabtes Verbot der direkten und indirekten Diskriminierung zugrunde, es kennt den Geldleistungsexport nicht nur für die langfristigen Rentenleistungen, sondern darüber hinaus auch das Krankengeld und die Familienzulagen. Die Arbeitslosenentschädigung wird nicht exportiert, jedoch sind namentlich in diesem Versicherungszweig in der Arbeitslosenversicherung der Partnerstaaten zurückgelegte Beschäftigungs- und Versicherungszeiten an die Mindestbeschäftigungszeit vor Bezug der schweizerischen Arbeitslosenentschädigung hinzuzurechnen¹¹³. Die Inhalte der Verordnung Nr. 1408/71 genügen zweifellos den Anforderungen von Art. 12 Abs. 4.

[Rz 85] Überdies kennt die Schweiz **zweiseitige Sozialversicherungsabkommen mit weiteren ESC-Mitgliedstaaten**, nämlich mit der Türkei und den Nachfolgestaaten Ex-Jugoslawiens (hier relevant Bosnien und Herzegovina, Kroatien, Mazedonien¹¹⁴). Diese Abkommen betreffen in sachlicher Hinsicht im Wesentlichen die AHV/IV, das UVG und die bundesrechtlichen Familienzulagen für landwirtschaftliche Arbeitnehmer/innen. Sie sehen jeweils eine Generalklausel über die Gleichbehandlung von Bürger/innen des Partnerstaates mit Schweizer/innen in diesen Versicherungszweigen (dies unter Vorbehalt von abweichenden Einzelregelungen im Abkommen selbst¹¹⁵) sowie den ungekürzten Rentenex-

¹⁰⁷ SEV Nr. 12, SEV Nr. 13 und SEV Nr. 78 (alle drei von der Schweiz nicht ratifiziert); für Beispiele aus der Spruchpraxis vgl. Lenia Samuel, 2002, S. 297 ff.

¹⁰⁸ Vgl. ECSR, Digest of case law 2006, S. 102 und S. 241, je mit Hinweis insbesondere auf die conclusions XIII-1, Statement of Interpretation, Art. 12 Abs. 4.

¹⁰⁹ So im IAO-Übereinkommen Nr. 48 über die Herstellung eines internationalen Gegenseitigkeitsverhältnisses für die Wahrung der Rechte in der Invaliditäts-, Alters- und Hinterlassenenversicherung von 1935, im IAO-Übereinkommen Nr. 157 über die Einrichtung eines internationalen Systems zur Wahrung der Rechte in der sozialen Sicherheit von 1982; und das Europäische Abkommen über soziale Sicherheit (EASS) von 1972 (alle drei von der Schweiz nicht ratifiziert).

¹¹⁰ SR 0.142.112.681.

¹¹¹ SR 0.632.31.

¹¹² SR 0.831.109.268.1.

¹¹³ Die Schweiz hat hier allerdings eine Übergangsregelung zwecks Nichtanrechnung von ausländischen Beschäftigungszeiten bei Kurzaufenthalter/innen L EU/EFTA ausgehandelt, welche im Falle der 15 alten EU-Staaten sowie Zypern und Maltas bis 31. Mai 2009 und im Falle der acht mitteleuropäischen Länder der sog. Osterweiterungsrunde bis 30. April 2011 gilt.

¹¹⁴ Serbien und Montenegro haben weder die ESC noch die revESC ratifiziert, Slowenien ist mittlerweile ein EU-Staat.

¹¹⁵ Solche bestehen in den Abkommen heute vor allem noch hinsichtlich der Ausrichtung von IV-Eingliederungsmassnahmen, sofern bei der

port (dies vorbehältlich der IV-Viertelsrenten und der ausserordentlichen AHV/IV-Renten) vor. Hinsichtlich der sozialen Krankenversicherung enthalten die Abkommen zumeist den Grundsatz der Anrechnung vertragsausländischer Versicherungszeiten an mögliche Vorbehalte in der schweizerischen Krankentaggeldversicherung. Nicht geregelt ist in diesen Abkommen aber die Arbeitslosenversicherung. Hinsichtlich der kantonalrechtlichen Familienzulagen wird in den Anhängen der zweiseitigen Abkommen jeweils festgehalten, dass sich der Bund bei den Kantonen für eine grundsätzliche Gleichbehandlung der Partnerstaatsangehörigen in diesem Zweigen stark macht (so richten die meisten, wenn nicht sogar alle Kantone kaufkraftabgestufte Kinderzulagen für Arbeitnehmer/innen aus Sozialversicherungsabkommensstaaten aus, wenn deren Kinder im Herkunftsland zurückgeblieben sind; dies wird nun auch im neuen Bundesrahmengesetz über Familienzulagen verankert¹¹⁶).

[Rz 86] Die Schweiz hat mit den ESC-Ratifikationsstaaten **Albanien, Armenien, Aserbeidschan, Georgien, Moldawien und Ukraine kein Koordinationsabkommen** geschlossen. Soweit zwischen der Schweiz und diesen Staaten keine grösseren Wanderungsströme bestehen, verpflichtete Art. 12 Abs. 4 laut Ausschusspraxis die Schweiz im Ratifikationsfall nicht zum Abschluss zweiseitiger Abkommen mit diesen Staaten, jedoch hätte die Schweiz einseitige Massnahmen zwecks Vermeidung direkter und indirekter Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, zwecks Rentenexport und zwecks Zusammenrechnung von Versicherungszeiten zugunsten der Bürger/innen dieser Staaten zu ergreifen. Es ist daher darzustellen, in welchen Bereichen das schweizerische Recht diesen Grundsätzen nicht entspricht.

[Rz 87] Hinsichtlich der Ausrichtung von **Familienleistungen** hielt der Ausschuss früher nur, aber immerhin, eine Anpassung der Höhe von Kinderzulagen an die lokalen Lebenshaltungskosten für zulässig, wenn die Kinder von ESC-Ausländer/innen im Herkunftsstaat zurückgeblieben waren. Nach einer im Jahr 2006 geschehenen Praxisänderung ist die Verweigerung von Kinderzulagen an ESC-Ausländer/innen nunmehr grundsätzlich zulässig, wenn die Kinder im Ausland wohnen. Immerhin sollte in diesem Fall der Aufnahmestaat des ESC-Ausländers, sofern der Wohnstaat der Kinder seinerseits den Export von Kinderzulagen vorsieht, sich bemühen, innert einer vernünftigen Frist mit dem Herkunftsstaat ein Abkommen über den Export der Kinderzulagen abzuschliessen¹¹⁷.

beantragenden Person das Risiko vor der Einreise oder innerhalb des ersten Jahres nach der Einreise eingetreten ist; demgegenüber gelten im Bereich der Hilflosenentschädigungen bereits heute die abkommensrechtlichen Gleichbehandlungsklauseln.

¹¹⁶ Vgl. Art. 4 Abs. 3 FamZG in Verbindung mit Art. 7 FamZV (in Krafttreten voraussichtlich per 1.1.2009).

¹¹⁷ ECSR, Digest of case law, S. 241 f., insbesondere mit Hinweis auf conclusions 2006, Statement of Interpretation, Art. 12 Abs. 4.

[Rz 88] Das Bundesgesetz über die **Unfallversicherung (UVG)** bietet keinerlei Anlass zu Problematisierungen angesichts der Erfordernisse der Gleichbehandlung und des Rentenexports, da die Gestaltung des Unfallversicherungsrechts in der Schweiz nicht anders als in andern Ländern stark durch die wanderarbeitnehmerfreundliche IAO-Konvention Nr. 19 über die Gleichbehandlung einheimischer und ausländischer Arbeitnehmer in der Entschädigung bei Betriebsunfällen, das auch den ungekürzten Rentenexport vorschreibt, beeinflusst ist.

[Rz 89] Direkte Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit finden sich im schweizerischen Recht nur noch im Rahmen der Bundesgesetze über die **Alters- und Hinterlassenversicherung (AHVG), über die Invalidenversicherung (IVG) und über die Ergänzungsleistungen (ELG)**. Allerdings baute die schweizerische Gesetzgeberin im Rahmen der 10. AHV-Revision diese Ungleichbehandlungen mit Verweis auf das menschenrechtliche Verbot der direkten Ausländerdiskriminierung, das die Schweiz mit der Ratifizierung des UN-Pakt I übernommen hatte, bereits stark ab. Sie verkürzte die zehnjährige Vorversicherungszeit für die Entstehung des Anspruchs auf eine ordentliche AHV/IV-Rente gleich wie für Schweizer/innen auf ein Jahr; allerdings wurde die einjährige Mindestbeitragszeit mit der 5. IV-Revision generell wieder auf drei Jahre erhöht. Weiter milderte die Gesetzgeberin die direkte Diskriminierung, die darin besteht, dass Schweizer/innen nach blossem Landesrecht ihre ordentlichen AHV/IV-Renten in alle Welt exportieren können, während diese Leistungen Ausländer/innen nur ausbezahlt werden, solange sie ihren Wohnsitz in der Schweiz haben. Zu diesem Zweck änderte die Gesetzgeberin die Rückvergütungsverordnung zur AHV, wonach die definitiv die Schweiz verlassenden Nichtvertragsausländer/innen die AHV-Beiträge (ohne Zinsen) ausbezahlt erhalten. Jedoch bleiben die Rentenexportverbote der AHV/IV angesichts des Verbots der direkten Diskriminierung – sei es in der ESC oder in andern Menschenrechtsverträgen – weiterhin deutlich problematisch¹¹⁸. Weniger eindeutig ist die Frage nach der Problematik der direkte Diskriminierung zu beantworten, welche sich daraus ergibt, dass in der Schweiz wohnhafte Ausländer/innen Eingliederungsmassnahmen der IV nicht erhalten, wenn das Invaliditätsrisiko bereits vor der Einreise in die Schweiz oder vor Ablauf eines Jahres nach Einreise in die Schweiz eingetreten ist.

[Rz 90] Dagegen ist die direkte Ungleichbehandlung, die das ELG aufgrund des Erfordernisses einer Wohndauer vorgängig des Leistungsbezugs für Ausländer/innen enthält, wegen der Beitragsunabhängigkeit der Ergänzungsleistungen aufgrund des Erklärungs im Anhang der ESC/revESC zu Art. 12 Abs. 4 zulässig. Ebenso verhält es sich mit möglichen

¹¹⁸ Vgl. dazu Bundesrat, Bericht in Erfüllung des Postulats Wyss vom 17. März 1999 (99.3096-N), Leistungsexporte. Finanzielle Sicherung von AHV/IV, S. 12.

Diskriminierungen im Bereich der Hilflosenentschädigungen der AHV/IV, da diese seit 2002 ausschliesslich durch Steuern finanziert werden.

[Rz 91] Die Leistungen des **Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG)** unterstehen aufgrund ihres kurzfristigen Charakters und ihrer engen Verbindung zum hiesigen Arbeitsmarkt nicht dem Geldleistungsexportprinzip. Hingegen müssten bei Ratifizierung der Charta aufgrund des Verbots der indirekten Diskriminierung bzw. des Zusammenrechnungsprinzips möglicherweise entsprechende Abkommen mit ESC-Staaten oder einseitige Massnahmen zwecks Hinzurechnung der im Herkunftsstaat zurückgelegten Beschäftigungszeiten für den Fall abgeschlossen werden, dass ESC-Ausländer/innen in der Schweiz zwar Zeiten einer beitragspflichtigen Beschäftigung, aber nicht in der erforderlichen Länge von zwölf Monaten zurückgelegt haben.

[Rz 92] Als *Ergebnis* kann festgehalten werden, dass die Schweiz die Erfordernisse von Art. 12 Abs. 4 gegenüber den Bürger/innen von 28 ESC-Staaten (demnächst vielleicht sogar von 30 ESC-Staaten) aufgrund des Abschlusses FZA/EFTA-Übereinkommens vollumfänglich erfüllt. Gegenüber vier weiteren Staaten (Türkei, Bosnien und Herzegovina, Kroatien und Mazedonien) erfüllt sie diese Bedingungen aufgrund der zweiseitigen Abkommen weitgehend. Hinsichtlich der übrigen fünf ESC-Ratifikationsstaaten würden zumindest einseitige Massnahmen notwendig. *Inhaltlich* fallen am meisten die Rentenexportfrage im Bereich der AHV/IV sowie – gegebenenfalls – die Frage der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten in der Arbeitslosenversicherung ins Gewicht. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass für ausschliesslich steuerfinanzierte Leistungen eine Wohndauer vorgängig des Leistungsbezugs von bis zu zwölf Monaten zulässig ist und dass Kinderzulagen für im Ausland wohnhafte Kinder nicht exportiert werden müssen, jedoch der Ausschuss den Abschluss von zweiseitigen Abkommen mit zumindest lebensstandardabgestuften Kinderzulagen mit solchen Ländern fordert, welche den Export von Kinderzulagen zulassen. Das schweizerische Recht steht demnach gegenwärtig nicht vollständig in Einklang mit Art. 12 Abs. 4.

3. Art. 13 ESC/revESC: Das Recht auf Fürsorge

a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen

«ARTIKEL 13 – Das Recht auf Fürsorge

Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Fürsorge zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien:

1. sicherzustellen, dass jedem, der nicht über ausreichende Mittel verfügt und sich diese auch nicht selbst oder von anderen, insbesondere durch Leistungen aus einem System der Sozialen Sicherheit, verschaffen

kann, ausreichende Unterstützung und im Fall der Erkrankung die Betreuung, die seine Lage erfordert, gewährt werden;

2. sicherzustellen, dass Personen, die diese Fürsorge in Anspruch nehmen, nicht in ihren politischen oder sozialen Rechten beeinträchtigt werden;

3. dafür zu sorgen, dass jedermann durch zweckentsprechende öffentliche oder private Einrichtungen die zur Verhütung, Behebung oder Milderung einer persönlichen oder familiären Notlage erforderliche Beratung und persönliche Hilfe erhalten kann;

4. die unter den Nummern 1, 2 und 3 genannten Bestimmungen auf die rechtmässig in ihrem Hoheitsgebiet befindlichen Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien anzuwenden, und zwar auf der Grundlage der Gleichbehandlung und in Übereinstimmung mit den Verpflichtungen aus dem am 11. Dezember 1953 zu Paris unterzeichneten Europäischen Fürsorgeabkommen.»

Anhang der ESC/revESC, Ziffern 1 bis 3:

Persönlicher Geltungsbereich

1. « Vorbehaltlich ... des Artikels 13 Nummer 4 schließt der durch die Artikel 1 bis 17 und 20 bis 31 erfasste Personenkreis Ausländer nur insoweit ein, als sie Staatsangehörige anderer Vertragsparteien sind und ihren rechtmässigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei haben oder dort ordnungsgemäss beschäftigt sind, mit der Maßgabe, daß die genannten Artikel im Sinne der Artikel 18 und 19 auszulegen sind.

Diese Auslegung hindert eine Vertragspartei nicht, auch anderen Personen entsprechende Rechte zu gewähren.

2. Jede Vertragspartei wird Flüchtlingen im Sinne des am 28. Juli 1951 in Genf unterzeichneten Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und des Protokolls vom 31. Januar 1967, die sich rechtmässig in ihrem Hoheitsgebiet gewöhnlich aufhalten, eine Behandlung gewähren, die so günstig wie möglich, in keinem Fall aber weniger günstig ist, als in Verpflichtungen der Vertragspartei aus dem oben erwähnten Abkommen oder aus anderen gültigen internationalen Übereinkünften vorgesehen, die auf solche Flüchtlinge anwendbar sind.

3. Jede Vertragspartei wird Staatenlosen im Sinne des am 28. September 1954 in New York beschlossenen Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen, die sich rechtmässig in ihrem Hoheitsgebiet gewöhnlich aufhalten, eine Behandlung gewähren, die so günstig wie möglich, in keinem Fall aber weniger günstig ist, als in Verpflichtungen der Vertragspartei aus der

oben erwähnten Übereinkunft oder aus anderen gültigen internationalen Übereinkünften vorgesehen, die auf solche Staatenlose anwendbar sind.»

Anhang der ESC/revESC,

Interpretationsbestimmung zu Artikel 13 Nummer 4:

«Regierungen, die nicht Vertragsparteien des Europäischen Fürsorgeabkommens sind, können die Charta hinsichtlich dieser Nummer ratifizieren, sofern sie den Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien eine Behandlung gewähren, die mit dem genannten Abkommen im Einklang steht.»

Diskriminierungsverbot in Art. E revESC (beschlägt alle Chartarechte)

«Der Genuss der in dieser Charta festgelegten Rechte muss ohne Unterscheidung insbesondere nach der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Gesundheit, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, der Geburt oder dem sonstigen Status gewährleistet sein.»

[Rz 93] **Wichtige Bearbeitungsquellen zu Art. 13:** Europarat, 2002, S. 169 ff.; Lenia Samuel, 2002, S. 305 ff.; ECSR, Digest of case law, 2006, S. 103 ff. und 244 ff.; Botschaft 1983, S. 1299 ff.; Bericht 1995, S. 757 ff.; Bericht 2002, S. 40 ff. und S. 110; Angelika Nussberger, 2005, S. 84 f., 263 und 265 ff., 323 ff.; Xenia Neubeck, 2002, S. 241 ff.

b) Differenzierungen betreffend den persönlichen Anwendungsbereich der einzelnen Absätze von Art. 13

[Rz 94] Bis 1996 betrachtete der Sozialrechtsausschuss Art. 13 Abs. 4 als Sonderbestimmung (lex specialis) zu Art. 13 Abs. 1 bis Abs. 3. Daher behandelte er die Rechtsstellung aller Ausländer/innen unter Art. 13 Abs. 4.

[Rz 95] Ausgehend von Ziffer 1 bis 3 des Anhangs zur ESC/revESC über den persönlichen Anwendungsbereich änderte der Ausschuss im Jahr 1996 diese Rechtsprechung. Seither fallen ESC-Ausländer/innen sowie anerkannte Flüchtlinge und Staatenlose, **die ihren rechtmässigen gewöhnlichen Aufenthalt auf dem Gebiet eines Ratifikationsstaates haben und/oder dort ordnungsgemäss eine Beschäftigung ausüben**, gleich wie die eigenen Staatsbürger/innen ausschliesslich unter Art. 13 Abs. 1 bis Abs. 3.

[Rz 96] Dagegen erfasst Art. 13 Abs. 4 nunmehr bloss jene **ESC-Ausländer/innen, die sich im Aufnahmestaat rechtmässig, aber nur vorübergehend aufhalten** (beispielsweise Tourist/innen), und verleiht ihnen dort im Notfall ein Recht

auf soziale und medizinische Nothilfe¹¹⁹. Überdies profitieren laut einer neuen Rechtsprechung aus den Jahren 2004 und 2006 auch ESC-Ausländer/innen, die sich **unrechtmässig im Gebiet eines Ratifikationsstaates** aufhalten (beispielsweise abgewiesene Asylbewerber/innen, sans papiers), vom Recht auf Nothilfe nach Art. 13 Abs. 4¹²⁰.

[Rz 97] Für die Abgrenzung der Rechtsstellung der beiden erstgenannten Gruppen von Ausländer/innen ist die Definition des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts (residence, Wohnort) entscheidend. Der Sozialrechtsausschuss überlässt diese Begriffsbestimmung der nationalen Gesetzgebung, solange diese die Voraussetzungen nicht exzessiv auslegt. Solches stellt der Ausschuss etwa im Falle Polens fest, wo ein gewöhnlicher Aufenthalt frühestens nach einem dreijährigen einfachen Aufenthalt begründet werden konnte¹²¹.

c) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 13 ESC überschneiden

[Rz 98] Art. 25 der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 deklariert das Recht einer jeden Person auf soziale Fürsorge. Wie bereits dargelegt wurde, enthält Art. 9 UN-Pakt I ein Recht auf soziale Sicherheit, einschliesslich der Sozialversicherungen. Der Begriff der sozialen Sicherheit in Art. 9 UN-Pakt I umfasst zugleich die Sozialhilfe (und geht damit über den Begriff der sozialen Sicherheit in Art. 12 hinaus)¹²². Die Schweiz ratifizierte Pakt I¹²³.

[Rz 99] Art. 13 ist die einzige Bestimmung in einem Menschenrechtsvertrag, die ausschliesslich dem Recht auf Fürsorge gewidmet ist. Sie meint damit allerdings die Sozialhilfe und die medizinische Hilfe. Durch letzteres ergibt sich wiederum eine Überschneidung mit dem Recht auf Gesundheit in Art. 12 UN-Pakt I und in Art. 24 KRK.

[Rz 100] Indes besteht ein wichtiger Unterschied darin, dass laut Praxis des Sozialrechtsausschusses das Gleichbehandlungsgebot in Art. 13 nur legal im Inland befindliche oder arbeitende ESC-Ausländer/innen begünstigt und die Gesundheitsversorgung illegaler auf die Nothilfe beschränkt werden darf¹²⁴, während Art. 2 in Verbindung mit Art. 9 UN-Pakt I laut Praxis des Ausschusses für soziale, wirtschaftliche und kulturelle Rechte (CESCR) als dem Vertragsüberwachungsorgan zum UN-Pakt I auch illegal im Inland befindlichen

¹¹⁹ Conclusions XIII-4, General Introduction, Statement of Interpretation, Art. 13 ; ECSR, Digest of case law 2006, S. 248 f.; Angelika Nussberger 2005, S. 265 f.

¹²⁰ Vgl. Complaint Nr. 14/2003, International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France (Decision on the merits of 8 September 2004, Conclusions XVIII-1 und 2006, General Introduction, Art. 13 Abs. 4.

¹²¹ Vgl. Conclusions XVII-2, Poland ad Art. 14 Abs. 1; ähnlich Conclusions XVIII-1, Czech Republic, Art. 13 Abs. 1.

¹²² Vgl. Angelika Nussberger, 2005, S. 64 ff.

¹²³ SR 0.103.1.

¹²⁴ Vgl. dazu sogleich im Text bei Fn. 125.

Ausländer/innen das vollumfängliche gleiche Recht auf medizinische Versorgung wie den Inländer/innen gibt, diese Hilfe also nicht auf die blosser Nothilfe beschränkt¹²⁵. Demgegenüber sieht nicht nur Art. 13, sondern es sehen auch die übrigen Menschenrechtsverträge die Möglichkeit vor, die nichtmedizinische, soziale Fürsorge für Illegale (jedenfalls der Tendenz nach) auf einen tieferen Stand der Nothilfe zu beschränken¹²⁶.

d) Beurteilung zu Art. 13 Abs. 1: Das Recht Bedürftiger auf soziale Fürsorge

[Rz 101] Alle Bürger/innen sowie alle ESC-Ausländer/innen, die sich rechtmässig im Gebiet des Aufnahmestaates gewöhnlich aufhalten und/oder dort ordnungsgemäss eine Beschäftigung ausüben, haben bei Bedürftigkeit ein Recht auf soziale und medizinische Hilfe. Dieses Recht muss also nominell allen legalen Einwohner/innen oder legalen Arbeitenden zukommen; insbesondere dürfen nicht einzelne Personen oder Personengruppen davon ausgeschlossen werden.

[Rz 102] Der Gesetzeswortlaut zeigt die subsidiäre Funktion der sozialen und medizinischen Hilfe nach Art. 13 im Verhältnis zu Sozialversicherungsleistungen nach Art. 12. Damit stellt sich zugleich die Frage nach der **Abgrenzung von sozialer Sicherheit und Sozialhilfe**, zumal die ESC/revESC als einziger Menschenrechtsvertrag eine eigene Bestimmung ausschliesslich der sozialen und medizinischen Fürsorge widmet. Der Sozialrechtsausschuss behandelte die Frage der Abgrenzung insbesondere in den General Comments XIII-4, ad Art. 12. Dort konstatiert er zuerst die Schwierigkeit der Unterscheidung und die Tatsache, dass in jüngerer Zeit in den Mitgliedstaaten die Zahl der Leistungen im Grenzbereich zugenommen hat, indem die Ausrichtung bestimmter Leistungen nicht an ein vorgängiges Zurücklegen von Versicherungs- oder Beschäftigungszeiten geknüpft wird. Er führt aus:

«It thus considers as social assistance benefits for which individual need is the main criterion for eligibility, without any requirement of affiliation to a social security scheme aimed to cover a particular risk, or any requirement of professional activity or payment of contributions è...¹²⁷.

Social security, which includes universal schemes as

well as professional ones, is seen by the Committee in its application of Article 12 of the Charter as including contributory, non-contributory and combined allowances related to certain risks (sickness, disablement, maternity, family, unemployment, old age, death, widowhood, vocational accidents and illnesses). These are benefits granted in the event of risks which arise but they are not intended to compensate for a potential state of need which could result from the risk itself.

The Committee is aware of the fact that the distinguishing criteria retained are imperfect and that borderline cases exist (which are tending to multiply) so that the division no longer corresponds entirely to the current situation as regards the European systems of social protection characterised by their complexity and their varying structures, the result of successive reforms and which often put social security and social assistance together.»¹²⁸

[Rz 103] Demnach zeichnet sich die Sozialhilfe nach Art. 13 durch die Anspruchsvoraussetzung der individuellen Bedürftigkeit aus (Fürsorgeprinzip), während die Sozialversicherung oder die soziale Sicherheit im Sinne von Art. 12 an den Eintritt bestimmter Risiken anknüpft, ohne (notwendig) eine Bedürftigkeit vorauszusetzen (Vorsorgeprinzip). Das Vorhandensein eines Anspruchserfordernisses vorgängig absolvierter Versicherungs- oder Beschäftigungszeiten zeichnet eine Leistung zwar als solche der Sozialversicherung aus, umgekehrt jedoch lässt das Fehlen eines solchen Erfordernisses nicht notwendig auf eine Sozialhilfeleistung schliessen. Problematisch für die Zuordnung **zum sachlichen Anwendungsbereich** von Art. 13 Abs. 1 sind daher vor allem steuerfinanzierte Leistungen, die an ein bestimmtes Risiko anknüpfen, aber lediglich bei Bedürftigkeit geleistet werden. Unter den Begriff der Sozialhilfe oder Fürsorge können laut Ausschusspraxis **neben der klassischen allgemeinen Sozialhilfe auch steuerfinanzierte Existenzminimumleistungen für bestimmte Personenkategorien** fallen, so beispielsweise das Revenue Minimum d'Insertion, eine spezielle Alleinerziehendenhilfe, Eingliederungszuschüsse, Arbeitslosenhilfen, aber auch Leistungen für bedürftige Bezüger/innen von Alters- oder Invalidenrenten¹²⁹. Hieraus folgt, dass etwelche beitragsunabhängige Existenzminimumleistungen, wie sie insbesondere die Kantone ausrichten, unter Art. 13 Abs. 1 fallen können¹³⁰.

¹²⁵ Vgl. Angelika Nussberger, 2005, S. 245 mit Hinweis auf CESCR, General Comment Nr. 14: The right of the highest attainable standard of health (Art. 12 of the Covenant), Rz 34.

¹²⁶ Vgl. Angelika Nussberger, 2005, S. 152 ff.

¹²⁷ Der Text geht hier betreffend die medizinische Fürsorge – diese ist in der Schweiz aufgrund des allgemeinen Krankenkassensystems nicht unter diesem Titel bekannt – wie folgt weiter: «Moreover, as Article 13§1 demonstrates, assistance is given when no social security benefit ensures that the person concerned has sufficient resources or the means to meet the cost of treatment necessary in his or her state of health».

¹²⁸ Conclusions XIII-4, Statement of Interpretation, Rz 12; ECSCR, Digest of case law 2006, S. 103 und S. 245; Lenia Samuel 2002, S. 284 f.

¹²⁹ Vgl. insbesondere Conclusions XV-1, France, Art. 13 Abs. 1, sowie Conclusions XVII-1, Germany, Art. 13 Abs. 1, letzteres betreffend die bundesdeutsche Grundsicherung für bedürftige Betagte und Behinderte.

¹³⁰ Zu solchen Leistungen vgl. z.B. Die bedarfsabhängigen Sozialleistungen in der Schweiz, Überblick über die kantonalen Bedarfsleistungen 2002, in: info:social 2/2006.

[Rz 104] Die **Höhe** der Sozialhilfe muss die grundlegenden individuellen Bedürfnisse in angemessener Weise decken, wobei die Angemessenheit im Verhältnis zum Lebensstandard im jeweiligen Staat zu beurteilen ist (**soziales Existenzminimum**)¹³¹. Der Ausschuss betrachtet nach neuerer Praxis die Leistung der Sozialfürsorge dann als angemessen, wenn der Betrag nicht wesentlich unter der Armutsschwelle von 50% des Medianeinkommens liegt¹³².

[Rz 105] Die **medizinische Fürsorge** umfasst kostenlose oder subventionierte medizinische Betreuung¹³³.

[Rz 106] Die Fürsorge soll sich nicht auf die Ausrichtung von Geldleistungen beschränken, sondern den bedürftigen Personen **Beratung und Unterstützung** zwecks Überwindung ihrer Situation bieten (beispielsweise Berufsberatung, Schulung, Arbeitsmarkteingliederung entsprechend ihren persönlichen Umständen und Fähigkeiten). Die Ausrichtung von Sozialhilfe darf davon abhängig gemacht werden, dass die betreffende Person Arbeit sucht oder an einem beruflichen Eingliederungsprogramm teilnimmt. Jedoch müssen die Bedingungen vernünftig und darauf ausgerichtet sein, eine dauerhafte Integration der Person in den Arbeitsmarkt anzustreben¹³⁴.

[Rz 107] Ein **Entzug** von Sozialhilfe ist nur soweit zulässig, als die Subsistenzmittel gewahrt bleiben¹³⁵. Der Sozialhilfebezug darf nicht einer absoluten Maximaldauer unterliegen¹³⁶.

[Rz 108] Das Recht auf Sozialhilfe muss als individuelles Recht in einem Gesetz verankert sein. Damit eine **Rekursinstanz** im Beschwerdefall die inhaltliche Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung überprüfen kann, muss das Gesetz das Recht auf soziale und medizinische Fürsorge anhand objektiver Kriterien hinreichend genau umschreiben. Die Rekursinstanz muss unabhängig sein und nicht nur rechtliche Fragen hinsichtlich der Ausrichtung, der Höhe und des Entzugs der Hilfe, sondern auch Sachverhaltsfragen überprüfen können. In einem solchen Verfahren ist nötigenfalls unentgeltliche Prozesshilfe zu leisten¹³⁷.

[Rz 109] **ESC-Ausländer/innen und anerkannte Flüchtlinge**, die rechtmässig im Aufnahmestaat ihren Wohnsitz haben oder dort ordnungsgemäss eine Beschäftigung ausüben, dürfen bei der Ausrichtung von sozialer und medizinischer Fürsorge gegenüber den Bürger/innen des Aufnahmestaates weder direkt noch indirekt diskriminiert werden. Zwar bleibt den Mitgliedstaaten ein gewisser zeitlicher Spielraum betreffend die Definition des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts d.h. des Wohnortes bleibt (er ist aber irrelevant für die Recht-

stellung von ordnungsgemäss arbeitenden ESC-Ausländer/innen)¹³⁸. Jedoch sind laut Spruchpraxis Wohndauererfordernisse vorgängig des Leistungsbezugs unzulässig, einerlei ob sie bloss für die Ausländer/innen (direkte Diskriminierung) oder gleichermassen für ausländische und eigene Bürger/innen (indirekte Diskriminierung) gelten. Das Aufstellen von **Wohndauererfordernissen stellt denn auch eine regelmässige und häufige Kritik** des Sozialrechtsausschusses an den nationalen Sozialhilfegesetzen dar¹³⁹.

[Rz 110] Weder Art. 13 Abs. 1 noch eine andere Bestimmung der ESC/revESC regelt die fremdenpolizeiliche Zulassung eines ESC-Ausländers im Gaststaat. Jedoch ist eine **Repatriierung** von ESC-Ausländer/innen allein aus Gründen der Sozialhilfebedürftigkeit unzulässig, solange die ausländische Person über eine gültige Aufenthaltsbewilligung verfügt oder solange im Aufnahmestaat rechtmässig eine Tätigkeit ausübt. Eine gültige Aufenthaltsbewilligung darf also nicht aus Gründen der Sozialhilfebedürftigkeit entzogen werden. Hingegen ist die Repatriierung wegen Sozialhilfebedürftigkeit zulässig, wenn und sobald die Aufenthaltsbewilligung abgelaufen und die betroffene Person unter medizinischen Gesichtspunkten transportfähig ist¹⁴⁰. «Anders formuliert: Ein individuell einklagbarer Anspruch auf soziale Fürsorge besteht dann, wenn das Einkommen zur Sicherung der Existenz nicht ausreicht oder wenn der Betreffende seine Arbeit verliert, nicht durch ein Vorsorgesystem gesichert ist, der Aufenthaltstitel aber noch nicht erloschen ist»¹⁴¹.

[Rz 111] In der **Schweiz** ist die Sozialhilfe grundsätzlich Aufgabe der Kantone (Art. 115 BV), bloss die Unterstützung im Bereich des Asylwesens fällt grundsätzlich in die Kompetenz des Bundes (121 BV). Alle Kantone verfügen über Sozialhilfegesetze. Auch wenn der universelle Adressatenkreis und die tatsächliche Höhe der Sozialhilfe in den Kantonen insbesondere aufgrund des Wirkens der SKOS-Richtlinien keine Probleme hinsichtlich Art. 13 Abs. 1 bereitet, so bleibt doch unklar, ob alle kantonalen Gesetze hinreichend objektive Kriterien zur Bemessung der Sozialhilfe sowie einen subjektiven und einklagbaren Rechtsanspruch auf Sozialhilfe enthalten. Sollte mittelfristig – wie kürzlich von der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und –direktoren (SODK) vorgeschlagen¹⁴² – ein Bundesrahmengesetz im Bereich der Sozialhilfe eingeführt werden, so würden hinsichtlich der Erfüllung der genannten Punkte wohl keine Fragen mehr bestehen.

[Rz 112] Der Bereich der **medizinischen Hilfe** stellt angesichts des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG), das für in der Schweiz wohnende oder arbeitende

¹³¹ Vgl. Lenia Samuel, 2002, S. 308 f.

¹³² Vgl. ECSR, Digest of case law, 2006, S. 105 mH.

¹³³ Dazu Lenia Samuel 2002, S. 312.

¹³⁴ ECSR, Digest of case law 2006, S. 249; Lenia Samuel 2002, S. 310 f. mH.

¹³⁵ ECSR, Digest of case law, 2006, S. 104.

¹³⁶ ECSR, Digest of case law 2006, S. 105.

¹³⁷ ECSR, Digest of case law 2006, S. 105 f.

¹³⁸ Vgl. dazu vorne im Text bei Fn. 126.

¹³⁹ Vgl. dazu die zahlreichen Beispiele in Lenia Samuel 2002, S. 312 ff.

¹⁴⁰ ECSR, Digest of case law 2006, S. 106 f.; Bericht 2002, S. 43.

¹⁴¹ Angelika Nussberger, 2005, S. 266.

¹⁴² Vgl. NZZ am Sonntag vom 22.6.2008, S. 14: «Bund soll Sozialhilfe harmonisieren, Die Kantone ebnen den Weg für ein Rahmengesetz».

Personen die obligatorische Versicherungspflicht vorsieht, kein Problem dar.

[Rz 113] Als problematisch angesichts von Art. 13 Abs. 1 könnte sich die gegenwärtige Regelung der **Sozialhilfe für vorläufig Aufgenommene** (insbesondere «Gewaltflüchtlinge») erweisen, da einerseits diese Hilfe ungefähr 20 % unter der üblichen Sozialhilfeshöhe liegt und andererseits vorläufig Aufgenommene doch oft für lange Zeit in der Schweiz wohnen¹⁴³. Ebenso problematisch erscheint, wenn das Bundesgericht den **vollständigen Entzug** der Sozialhilfe bei Verweigerung der Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm als zulässig erklärt oder wenn es unter Androhung der Kürzung oder des Entzugs der Hilfe im Rahmen eines **Beschäftigungsprogramms jede Tätigkeit als zumutbar** betrachtet wird, ohne dass die bisherige berufliche Erfahrung und der persönlichen Fertigkeiten der betreffenden Person angemessen berücksichtigt werden muss¹⁴⁴.

[Rz 114] Während das schweizerische Recht den Grundsatz der Gleichbehandlung von ausländischen Einwohner/innen im Bereich der allgemeinen Sozialhilfe (abgesehen von der soeben genannten Gruppe der vorläufig Aufgenommenen) verwirklicht, dürfte dieser Grundsatz im Bereich **spezieller steuerfinanzierter Sozialhilfeleistungen** beispielsweise für Arbeitslose, Behinderte oder Familien öfters aufgrund von Wohndauererfordernissen vorgängig des Leistungsbezugs verletzt sein. Es kann nicht zum Vorneherein ausgeschlossen werden, dass der Sozialrechtsausschuss sogar die Bundesergänzungsleistungen nach ELG, die ein diskriminieren-

des Erfordernis einer fünf- oder zehnjährigen Wohndauer vor Leistungsbezug für Ausländer/innen kennen, als Leistungen der sozialen Fürsorge nach Art. 13 Abs. 1 und dem darin enthaltenen Gleichbehandlungsgebot einstufen würde¹⁴⁵.

[Rz 115] In bestimmten Fällen kann laut dem Ausländergesetz (AuG) der Bezug von Sozialhilfe dem Aufenthaltsrecht von Ausländer/innen schaden. Wenn ein Ausländer mit einer Jahresaufenthaltsbewilligung **erheblich von der allgemeinen Sozialhilfe abhängig** wird, so wird die Bewilligung trotz der in Art. 62 AuG vorgesehenen Möglichkeit kaum je entzogen, praxisgemäss wird sie vielmehr nach Ablauf nicht mehr verlängert. Letzteres steht in Einklang mit dem case law zu Art. 13 Abs. 1. Weiter kann gemäss Art. 63 AuG bei einer ausländischen Person mit Niederlassungsbewilligung C, die sich noch nicht 15 Jahre in der Schweiz aufhält, die andauernde und erhebliche Abhängigkeit von der allgemeinen Sozialhilfe (nicht aber etwa von Ergänzungsleistungen) zum **Bewilligungswiderruf** führen¹⁴⁶. Dies ist mit dem case law zu Art. 13 Abs. 1 nicht vereinbar¹⁴⁷.

[Rz 116] Es ist hervorzuheben, dass die Situation der **EU/EFTA-Ausländer/innen** nach Inkrafttreten des FZA/EFTA-Übereinkommens aufgrund des Diskriminierungsverbots bei den sozialen Vergünstigungen in Art. 9 Anhang I FZA sowie der ausländerrechtlichen Bestimmungen in Art. 6 Anhang I FZA praktisch vollständig den Erfordernissen von Art. 13 Abs. 1 entspricht. Dies gilt allerdings nur für EU/EFTA-Ausländer/innen, die sich als Erwerbstätige oder vormals Erwerbstätige in der Schweiz aufhalten, nicht aber für Privatisers oder Student/innen im Sinne von Art. 24 Anhang I FZA¹⁴⁸.

[Rz 117] Als *Ergebnis* ist festzuhalten, dass die Schweiz die Bedingungen von Art. 13 Abs. 1 aufgrund mehrerer Punkte nicht erfüllt. Dies betrifft die um 20% tiefere Sozialhilfe für vorläufig Aufgenommene, wenn diese (voraussichtlich) für längere Zeit in der Schweiz wohnen, die Möglichkeit des vollständigen Entzugs der Sozialhilfe bei Verweigerung der Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm (und zwar unabhängig von der Übereinstimmung der Erfordernisse der auszuführenden Arbeiten und der beruflichen Erfahrung und

¹⁴³ Art. 86 AuG; vgl. BGE 130 I 1, wo das Bundesgericht im Falle einer seit knapp zwei Jahren in der Schweiz befindlichen Familie von vorläufig aufgenommenen Gewaltflüchtlingen eine um 20% tiefere Sozialhilfeleistung nicht als Verstoss gegen das Diskriminierungs- oder Gleichbehandlungsgebot betrachtete, jedoch am Schluss des Urteil anfügte: «Ob eine andere Betrachtungsweise geboten sein könnte, wenn die vorläufige Aufnahme bereits mehrere Jahre gedauert hat und ein Vollzug der Wegweisung weiterhin nicht absehbar ist, so dass der Gesichtspunkt der Integration letztlich doch Bedeutung erlangt ..., braucht hier nicht diskutiert zu werden.»

¹⁴⁴ Vgl. BGE 130 I 71, 78 Erw. 5.3: «Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, lässt diese Auslegung und Anwendung des kantonalen Rechts nicht als willkürlich erscheinen. Sie entspricht zugleich der verfassungsrechtlichen Praxis des Bundesgerichts auf dem Gebiet der Sozialhilfe: Aus den die Sozialhilfe prägenden Grundsätzen der Eigenverantwortung und der Subsidiarität folgt, dass hilfeschuchende Personen dazu verpflichtet sind, alles Zumutbare zur Behebung der eigenen Notlage zu unternehmen, insbesondere die eigene Arbeitskraft einzusetzen und eine zumutbare Erwerbstätigkeit anzunehmen. Für den Begriff der zumutbaren Arbeit liegt es nahe, die arbeitslosenversicherungsrechtliche Umschreibung (Art. 16 Abs. 2 AVIG [SR 837.0]) hilfsweise heranzuziehen. Danach muss eine Arbeit den berufs- und ortsüblichen Bedingungen entsprechen, angemessen Rücksicht auf die Fähigkeiten und bisherigen Tätigkeiten der unterstützten Person nehmen und ihren persönlichen Verhältnissen und dem Gesundheitszustand angemessen sein. Ein Arbeitsangebot kann dabei das Fähigkeits- und Fertigniveauniveau der betroffenen Person auch unterschreiten; diese darf bloss nicht überfordert werden. Lehnt eine Person zumutbare Arbeit ab, so weigert sie sich, für sich zu sorgen und ihre Notlage abzuwenden. Sie hat damit weder Anspruch auf Sozialhilfe noch auf finanzielle Nothilfe gemäss Art. 12 BV» (Hervorhebung vom Verfasser).

¹⁴⁵ Bei einer Zuordnung zu Art. 12 hingegen wäre für beitragsunabhängige Sozialleistungen eine Vorwohndauer für Ausländer/innen zulässig.

¹⁴⁶ Vgl. dazu Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, 2008, S. 142.

¹⁴⁷ So auch der Bericht 2002, S. 44 f.

¹⁴⁸ Art. 9 Anhang I FZA gebietet die Inländergleichbehandlung im Bereich aller sozialen Vergünstigungen. Laut Art. 6 Anhang I FZA darf der Bezug von Sozialhilfe nicht zum Entzug einer gültigen Ausnahmewilligung führen; jedoch kann die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA nach Ablauf der ersten fünf Jahre auf minimal ein weiteres Jahr beschränkt werden, wenn die betreffende Person zum Zeitpunkt des Ablaufs seit mindestens einem Jahr arbeitslos ist. Demgegenüber kann der Bezug von Sozialhilfe denjenigen EU/EFTA-Ausländer/innen schaden, welche lediglich über eine Bewilligung für Nichterwerbstätige im Sinne von Art. 24 Anhang I FZA verfügen. Allgemein zu den Schnittstellen zwischen Sozialrecht und Aufenthaltsrecht im Rahmen des FZA/EFTA-Übereinkommen vgl. demnächst Edgar Imhof, 2008.

persönlichen Fähigkeiten der verpflichteten Person) und die im Ausländerrecht grundsätzliche vorgesehene Möglichkeit, Ausländer/innen wegen schwerer und fortdauernder Sozialhilfeabhängigkeit auszuweisen (selbst wenn die Praxis davon zurückhaltenden Gebrauch macht). Weil weiter die Abgrenzung zwischen sozialer Sicherheit und Sozialhilfe nicht eindeutig ist, könnten allenfalls gewisse steuerfinanzierte Existenzminimumleistungen wie beispielsweise solche für Arbeitslose, Behinderte oder Familien als «Sozialhilfe» im Sinne von Art. 13 qualifiziert werden: In diesem Fall wären Anspruchsvoraussetzungen des Zurücklegens einer gewissen Wohndauer vor Leistungsbezug kaum mit der Spruchpraxis zu Art. 13 Abs. 1 vereinbar.

e) Beurteilung zu Art. 13 Abs. 2: Verbot der Beschränkung politischer und sozialer Rechte von sozialhilfeabhängigen Personen

[Rz 118] Das Verbot der Beschränkung der sozialen Rechte betrifft alle übrigen in der Charta grundgelegten Rechte. Es betrifft gemäss der Rechtsprechung des Sozialrechtsausschusses aber auch das Recht auf soziale und medizinische Fürsorge selbst, insofern in Extremfällen die Anspruchsvoraussetzung, einen festen Wohnsitz zu haben, zur Verneinung des Rechts auf Fürsorge selbst führen kann¹⁴⁹.

[Rz 119] Das Verbot der Beschränkung der politischen Rechte von Sozialhilfeempfänger/innen ist in die Sozialcharta gerade deshalb eingeschrieben, will in historische Perspektive die Sozialhilfeabhängigkeit als Grund für den Verlust politischer Rechte (beispielsweise Zugang zu öffentlichen Ämtern oder Wahlrecht) betrachtet wurde¹⁵⁰.

[Rz 120] *Ergebnis*: Das heutige schweizerische Recht ist mit Art. 13 Abs. 2 vereinbar, denn die Bundesverfassung namentlich die Einschränkung von politischen Rechten aufgrund von Sozialhilfeabhängigkeit verbietet.

f) Beurteilung zu Art. 13 Abs. 3: Anspruch auf Beratung

[Rz 121] Das Recht auf Beratung nach Art. 13 Abs. 3 unterscheidet sich von dem bereits in Art. 13 Abs. 1 enthaltenen Beratungsanspruch dadurch, dass dieses insbesondere die Information über allfällige Rechtsansprüche auf soziale und medizinische Hilfe umfasst, während jenes (auch) die Beratung im Rahmen der Fürsorge fokussiert. Beide Hilfen können allerdings durch die identischen Institutionen geleistet werden. Des Weiteren ist das Recht auf Beratung nach Art. 13 Abs. 3 eine Spezialnorm zu Art. 14 über das Recht auf Inanspruchnahme sozialer Dienste und dem darin enthaltenen Beratungsanspruch dadurch, da das Recht auf Beratung nach Art. 13 Abs. 3 einzig auf Leistungen der Bedürftigkeit geht, während die sozialen Dienste

auch nichtbedürftigkeitsabhängige Leistungen erfassen können¹⁵¹.

[Rz 122] Als *Ergebnis* ist festzuhalten, dass die Rechtslage in der Schweiz daher mit Art. 13 Abs. 3 vereinbar ist, da die Schweiz über zahlreiche öffentliche und private Institutionen verfügt, welche die Einwohner/innen hinsichtlich ihrer Rechte auf soziale und medizinische Hilfe beraten.

g) Beurteilung zu Art. 13 Abs. 4: Das Recht auf Nothilfe von ESC-Ausländer/innen mit vorübergehendem oder unrechtmässigem Aufenthalt

[Rz 123] Wie eingangs dieses Kapitels bereits dargestellt wurde¹⁵², fallen nach der neueren Spruchpraxis des Ausschusses diejenigen ESC-Ausländer/innen, die sich (1) bloss vorübergehend, aber rechtmässig auf dem Gebiet eines Ratifikationsstaates aufhalten oder die sich (2) unrechtmässig auf dessen Gebiet aufhalten, unter Art. 13 Abs. 4. Dazu gehören beispielsweise Tourist/innen, Studierende im Auslandsemester und abgewiesene Asylbewerber/innen. Sie haben laut Ausschuss in einer momentanen Notlage ein Recht auf Nothilfe (**«emergency assistance» betreffend Unterbringung, Essen, Kleidung, medizinische Betreuung**) im Aufenthaltsstaat.

[Rz 124] Art. 13 Abs. 4 können auch Staaten ratifizieren, die nicht dem im Text erwähnten Europäischen Fürsorgeabkommen von 1953¹⁵³ beigetreten sind. Dieses Abkommen hat denn laut Ausschusspraxis bloss mehr Bedeutung für bestimmte Aspekte der Frage der Repatriierung. Danach darf eine Heimschaffung infolge Bedürftigkeit nur erfolgen, wenn der Gesundheitszustand der betroffenen Person dies zulässt und wenn sie keine engen Bindungen an den Aufenthaltsstaat hat¹⁵⁴.

[Rz 125] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu **Art. 12 BV** haben alle Personen, sich unabhängig von der Existenz oder Qualität eines Aufenthaltstitels, also namentlich auch Personen ohne rechtmässigen Aufenthalt Anspruch auf soziale und medizinische Nothilfe¹⁵⁵.

[Rz 126] Somit ist als *Ergebnis* festzuhalten, dass die Schweiz die Erfordernisse von Art. 13 Abs. 4 aufgrund von Art. 12 BV über das Recht auf Nothilfe und der dazu ergangenen Bundesgerichtsrechtsprechung erfüllt.

¹⁴⁹ ECSR, Digest of case law 2006, S. 108, Europarat, 2002, S. 171.

¹⁵⁰ ECSR, Digest of case law 2006, S. 108, Europarat, 2002, S. 171.

¹⁵¹ Vgl. ECSC, Digest of case law 2006, S. 244 und 247 f.; Lenia Samuel 2002, S. 320 ff.

¹⁵² Vgl. vorne im Text bei Fn. 124.

¹⁵³ SEV Nr. 14.

¹⁵⁴ Hingegen wendet der Ausschuss das im Europäischen Fürsorgeabkommen vorgesehene Verbot der Repatriierung zugunsten von Personen, welche sich seit mehr als fünf bzw. zehn Jahren im Gaststaat aufhalten, im Rahmen von Art. 13 Abs. 4 ausdrücklich *nicht* an; vgl. dazu ECSR, Digest of case law 2006, S. 110; Angelika Nussberger, 2005, S. 266 f. und S. 154 f.

¹⁵⁵ BGE 131 I 166.

4. Art. 16 ESC/revESC: Das Recht der Familie auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz

a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen

ARTIKEL 16 – Recht der Familie auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz

«Um die erforderlichen Voraussetzungen für die Entfaltung der Familie als einer Grundeinheit der Gesellschaft zu schaffen, verpflichten sich die Vertragsparteien, den wirtschaftlichen, gesetzlichen und sozialen Schutz des Familienlebens zu fördern, insbesondere durch Sozial- und Familienleistungen, steuerliche Maßnahmen, Förderung des Baus familiengerechter Wohnungen, Hilfen für junge Eheleute und andere geeignete Mittel jeglicher Art.»

Anhang der revESC,

Interpretationsbestimmung zu Artikel 16:

«Es besteht Einverständnis darüber, dass der durch diese Bestimmung gewährte Schutz auch Einelternfamilien erfasst.»

Diskriminierungsverbot in Art. E revESC (beschlägt alle Chartarechte)

«Der Genuss der in dieser Charta festgelegten Rechte muss ohne Unterscheidung insbesondere nach der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Gesundheit, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, der Geburt oder dem sonstigen Status gewährleistet sein.»

[Rz 127] **Wichtige Bearbeitungsquellen zu Art. 16:** Europarat, 2002, S. 44 und 181 ff.; Lenia Samuel, 2002, S. 353 ff.; ECSR, Digest of case law, 2006, S. 117 ff. und 244 ff.; Botschaft 1983, S. 1303 ff.; Bericht 1995, S. 762 ff.; Bericht 2002, S. 47 ff. und S. 110; Zusatzbericht 2004, S. 7 f.; Angelika Nussberger, 2005, S. 85, 267 ff.; Xenia Neubeck, 2002, S. 253 ff.

b) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 16 überschneiden

[Rz 128] Art. 8 EMRK garantiert das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Weiter enthalten Art. 10 Ziff. 1 UN-Pakt I und in Art. 23 UN-Pakt II ein Recht auf Schutz der Familie. Sowohl Art. 14 EMRK als auch Art. 2 UN-Pakt I und Art. 2 UN-Pakt II kennen ein akzessorisches Diskriminierungsverbot aufgrund der bekannten verpönten Merkmale wie Geschlecht, Weltanschauung, Rasse usw.; es entfaltet seine Wirkung auch im Bereich der materiellen Garantie des Rechts auf Schutz der Familie. Weiter findet sich in Art. 23

Abs. 4 UN-Pakt II und in Art. 16 des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Diskriminierung der Frau (FDK) das Gebot der Gleichberechtigung von Mann und Frau in Ehe und Familie. Art. 12 KRK sieht ein Anhörungsrecht des Kindes insbesondere im Verfahren um Zuteilung der elterlichen Sorge im Falle der Scheidung vor. Schliesslich ist im Bereich der IAO an das Übereinkommen Nr. 156 über die Chancengleichheit und die Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer: Arbeitnehmer mit Familienpflichten (von der Schweiz nicht ratifiziert) zu erinnern.

c) Beurteilung zu Art. 16: Das Recht der Familie auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz

[Rz 129] Der Wortlaut von Art. 16 revESC über das «Recht der Familie auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz» hat keine Änderungen gegenüber Art. 16 ESC erfahren. Nach dem case law des Sozialrechtsausschusses schützt Art. 16 nicht allein die herkömmliche oder intakte Familie, sondern **alle Formen der Familie**. Daher wurde neu eine Interpretationsbestimmung zu Art. 16 in den Anhang der revESC eingefügt, wonach das Anliegen der Familienpolitik namentlich auch die Einelternfamilie erfasst.

[Rz 130] Die Bestimmung von Art. 16, welche die Familie als «Grundeinheit der Gesellschaft» bezeichnet, verpflichtet die Ratifikationsstaaten auf einen «sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz des Familienlebens» und mithin auf eine in sachlicher Hinsicht **umfassende Familienpolitik**. Der Sozialrechtsausschuss betont diesen breiten Begriff der Familienpolitik, überlässt aber die Wahl der geeigneten Mittel grundsätzlich den Staaten. Immerhin müssen die Staaten gemäss dem Wortlaut von Art. 16 in ihre Familienpolitik jedenfalls folgende Bereiche einbeziehen:

- das Zivilrecht,
- die wirtschaftliche Unterstützung von Familien,
- das Steuerrecht und
- den Wohnbau.

[Rz 131] Aufgrund des breiten Begriffs der Familienpolitik in Art. 16 ergeben sich zahlreiche **Überschneidungen mit andern Paktbestimmungen**. «Beispielsweise sind sowohl von Art. 12 ESC wie auch von Art. 16 ESC Familienleistungen erfasst: soweit sie bedürftigkeitsabhängig sind, ist zusätzlich auch noch Art. 13 ESC einschlägig. Art. 7 ESC normiert das Recht der Kinder und Jugendlichen auf Schutz, Art. 17 ESC bezieht sich auf das «Recht der Mütter und der Kinder auf sozialen und wirtschaftlichen Schutz».¹⁵⁶ Nachfolgend wird die Aufmerksamkeit insbesondere den Überschneidungen gelten, die sich im Bereich der Familienzulagen mit Art. 12 der Charta ergeben.

¹⁵⁶ Angelika Nussberger, 2005, S. 85 (und S. 267); vgl. auch Xenia Neubeck, 2002, S. 254.

[Rz 132] Der Sozialrechtsausschuss setzte sich jüngst in den conclusions 2006 mit verschiedenen Aspekten der Familienpolitik auseinander. Im Bereich des **zivilen und gesetzlichen Schutzes** fokussierte der Sozialrechtsausschuss schon allein auf der Grundlage von Art. 16 ESC (und demnach bereits vor der Verankerung des Diskriminierungsverbots in Art. E der revESC) die Frage der Gleichberechtigung von Mann und Frau in Ehe und Familie. Der Ausschuss fragt weiter nach Institutionen, welche bei familiären Krisen im Sinne einer Mediation eingreifen können, sowie – unter Hinweis auf die Empfehlung vom 30. April 2002 des Ministerkomitees über den Schutz von Frauen gegen Gewalt¹⁵⁷ – nach Schutz und Vorkehrungen im Falle häuslicher Gewalt¹⁵⁸. Wenn Familien auseinander brechen, gilt der Schutz vor allem den Kindern. Die Staaten müssen daher im Scheidungsverfahren bei der Entscheidung über das Sorgerecht die Kinder womöglich anhören¹⁵⁹.

[Rz 133] Im Jahr 1988 qualifizierte der EGMR im Urteil Berrehab die Ausweisung eines marokkanischen Staatsangehörigen, dessen Aufenthaltsbewilligung ablief und der Vater eines niederländischen Kindes war, als Verstoss gegen Art. 8 EMRK über das Recht auf **Achtung des Familienlebens**, weil damit dem Kind die Möglichkeit der Ausübung des Kontakts mit seinem in Scheidung befindlichen Vater genommen wurde. In der Folge bezog sich der Sozialrechtsausschuss bei der Prüfung des niederländischen Staatenberichts auf das Urteil Berrehab und erklärte, die diesem Urteil zugrunde liegenden Vorgänge stellten auch einen Verstoss gegen Art. 16 dar¹⁶⁰. Der Ausschuss hielt zudem fest, dass er künftig die Entwicklung im Bereich von Art. 8 EMRK genau verfolgen werde¹⁶¹.

[Rz 134] Im Rahmen der sozialen Unterstützung der Familien sollten die Staaten über Beratungsstellen, welche spezifisch auf Familienfragen zugeschnitten sind, über **Kinderbetreuungsangebote**, welche die Vereinbarkeit von Familie und Beruf ermöglichen, sowie über Wohnförderprogramme verfügen. Im Gegensatz zu Art. 31 ESC über das Recht auf Wohnen betrifft Art. 16 nicht Massnahmen zur Verbesserung

der Wohnangebots oder der Wohnqualität im Allgemeinen, sondern **Wohnprogramme** für Familien und einkommensschwache Familien im Besonderen¹⁶².

[Rz 135] Familien- und Elternvereinigungen sollten bei der Formulierung nationaler Familienpolitiken konsultiert oder angehört werden¹⁶³.

[Rz 136] Als primäres Mittel der wirtschaftlichen Unterstützung der Familien sollten die Ratifikationsstaaten über **Familien- oder Kinderzulagen** verfügen, welche entweder allen betreffenden Einwohner/innen oder jedenfalls den bedürftigen Einwohner/innen («subject to a means-test») ausgerichtet werden. Diese Zulagen müssen eine angemessene Einkommensergänzung für einen signifikanten Teil der im Land wohnenden Familien darstellen. Schliesslich gelten auch andere Leistungen wie Geburtszulagen oder **steuerliche Kinderabzüge** als Mittel der wirtschaftlichen Unterstützung von Familien¹⁶⁴.

[Rz 137] Schliesslich prüft der Sozialrechtsausschuss auch die Frage der **direkten oder indirekten Diskriminierung von ESC-Ausländer/innen**, die auf dem Territorium eines Ratifikationsstaates wohnen oder dort ordnungsgemäss arbeiten, im Bereich der Familienleistungen. Während der Ausschuss bis vor Kurzem eine Ungleichbehandlung aufgrund des **ausländischen Wohnortes der Kinder** nur soweit akzeptierte, als zumindest eine nach dem Lebensstandard abgestufte Kinderzulage ausbezahlt wurde, betrachtet er seit 2006 eine Nichtauszahlung von Kinderzulagen für im Ausland wohnhafte Kinder als zulässig¹⁶⁵. Indessen ist hervorzuheben, dass der Ausschuss die Frage der Bezahlung von Kindergeld für im Ausland wohnhafte Kinder bereits seit dem Jahr 2002 ausdrücklich nicht mehr unter Art. 16, sondern ausschliesslich bloss mehr unter Art. 12 Abs. 4 prüft¹⁶⁶. Weiter fragt der Ausschuss in Zusammenhang mit dem Verbot der Diskriminierung aufgrund der Ausländereigenschaft regelmässig, ob die nationalen Rechtsordnungen für die Ausrichtung von Familienleistungen die Zurücklegung einer bestimmten **Wohndauer im Inland vor Leistungsbezug** verlangen. Er hält zwecks Missbrauchsverhinderung ein Erfordernis einer Vorwohndauer von maximal sechs bis zwölf Monaten vor Leistungsbezug für zulässig (dies aber wohl nur bei steuerfinanzierten Leistungen)¹⁶⁷.

[Rz 138] In den vergangenen Jahren wurden in der Schweiz zahlreiche Initiativen zur Unterstützung von Familien ergriffen

¹⁵⁷ Rec(2002)5, zu finden auf www.coe.int/T/CM/WCD/advSearch_en.asp#.

¹⁵⁸ ECSR, Digest of case law 2006, S. 118 f.; conclusions 2006, Statements of Interpretation, ad Art. 16.

¹⁵⁹ Europarat, 2002, S. 182.

¹⁶⁰ Vgl. conclusions XI-1, Niederlande, ad Art. 16: Das Komitee «also examined the judgement of the European Court of Human Rights (Berrehab Case of 26 June 1988), which revealed that the Netherlands authorities, by authorising the deportation of a Moroccan national, father of a Dutch child, whose residence permit had expired, had interfered with the exercise of the right to family life. In view of the obligation under Article 16 of the Charter, namely that of promoting the economic, legal and social protection of family and life to ensure the full development of the family which is the «fundamental unit of society», the Committee felt that the deportation order issued by the Netherlands authorities, by depriving the child of the possibility of receiving visits from the divorced father, had infringed his right to family life protected by Article 16 of the Charter.»

¹⁶¹ Vgl. Jean-Manuel Larraalde, 2001, S. 146 mit Hinweis.

¹⁶² ECSR, Digest of case law, 2006, S. 117 f. und S. 259.

¹⁶³ ECSR, Digest of case law, 2006, S. 117 f.

¹⁶⁴ ECSR, Digest of case law, 2006, S. 118.

¹⁶⁵ Conclusions 2006, General Introduction, Statements of Interpretation, ad Art. 12 Abs. 4.

¹⁶⁶ Conclusions XVI-1, General Introduction, Remarks, Rz 7; Zusatzbericht 2004, S. 7; vgl. vorne im Text bei Fn. 117.

¹⁶⁷ Lenia Samuel 2002, S. 256 ff. und S. 363 f.; Xenia Neubeck, 2002, S. 255 ff., insbesondere S. 258 mit Hinweis auf Conclusions XIV-1, Dane-mark, ECSR, Digest of case law 2006, S. 260.

und Verbesserungen herbeigeführt. Dabei ist namentlich an die Mutterschaftsversicherung¹⁶⁸, an das bundesrechtliche Rahmengesetz über die Ausrichtung von Familienzulagen¹⁶⁹ und an die Anstossfinanzierung für Kinderhorte zu erinnern¹⁷⁰.

[Rz 139] Im *Ergebnis* ist die weitgehende Übereinstimmung des schweizerischen Rechts mit Art. 16 festzuhalten. Dabei ist festzuhalten, dass für Familienleistungen eine Wohndauer im Inland vorgängig des Leistungsbezugs von bis zu zwölf Monaten möglich ist, und weiter, dass der Sozialrechtsausschuss seit einigen Jahren die Frage der Auszahlung von Zulagen für im Ausland wohnhafte Kinder ausschliesslich unter Art. 12 Abs. 4 prüft.

5. Art. 7 ESC/revESC: Das Recht der Kinder und Jugendlichen auf Schutz

a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen

ARTIKEL 7 – Das Recht der Kinder und Jugendlichen auf Schutz

«Um die wirksame Ausübung des Rechtes der Kinder und Jugendlichen auf Schutz zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien:

1. das Mindestalter für die Zulassung zu einer Beschäftigung auf 15 Jahre festzusetzen, vorbehaltlich von Ausnahmen für Kinder, die mit bestimmten leichten Arbeiten beschäftigt werden, welche weder ihre Gesundheit noch ihre Moral noch ihre Erziehung gefährden;
2. das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung in bestimmten Berufen, die als gefährlich oder gesundheitsschädlich gelten, auf 18 Jahren festzusetzen;
3. die Beschäftigung Schulpflichtiger mit Arbeiten zu verbieten, die verhindern würden, dass sie aus ihrer Schulausbildung den vollen Nutzen ziehen;
4. die Arbeitszeit von Jugendlichen unter 18 Jahren entsprechend den Erfordernissen ihrer Entwicklung und insbesondere ihrer Berufsausbildung zu begrenzen;
5. das Recht der jugendlichen Arbeitnehmer und Lehrlinge auf ein gerechtes Arbeitsentgelt oder eine angemessene Beihilfe anzuerkennen;
6. vorzusehen, dass die Zeit, die Jugendliche während der normalen Arbeitszeit mit Zustimmung des Arbeitgebers für die Berufsausbildung verwenden, als Teil der täglichen Arbeitszeit gilt;

7. für Arbeitnehmer unter 18 Jahren die Dauer des bezahlten Jahresurlaubs auf mindestens vier Wochen festzusetzen;

8. für Personen unter 18 Jahren Nachtarbeit zu verbieten, mit Ausnahme bestimmter, im innerstaatlichen Recht festgelegter Arbeiten;

9. vorzusehen, dass Arbeitnehmer unter 18 Jahren, die in bestimmten, in dem innerstaatlichen Recht festgelegten Beschäftigungen tätig sind, einer regelmäßigen ärztlichen Überwachung unterliegen;

10. einen besonderen Schutz gegen die körperlichen und sittlichen Gefahren sicherzustellen, denen Kinder und Jugendliche ausgesetzt sind, insbesondere gegen Gefahren, die sich unmittelbar oder mittelbar aus ihrer Arbeit ergeben.»

Anhang der revESC,

Interpretationsbestimmung zu Artikel 7 Nummer 2 (fehlte noch in der ESC, neu eingefügt in die revESC):

«Diese Bestimmung hindert die Vertragsparteien nicht, im Gesetz vorzusehen, dass Jugendliche, die das vorgeschriebene Mindestalter noch nicht erreicht haben, die für ihre Berufsausbildung unbedingt erforderlichen Arbeiten ausführen, wenn diese Arbeiten unter der Aufsicht des zugelassenen fachkundigen Personals ausgeführt werden und die Sicherheit und der Gesundheitsschutz der Jugendlichen am Arbeitsplatz gewährleistet sind.»

Anhang der ESC/revESC,

Interpretationsbestimmung zu Artikel 7 Nummer 8:

«Es besteht Einverständnis darüber, dass eine Vertragspartei die unter dieser Nummer vorgesehene Verpflichtung eingehen kann, wenn sie dem Geist dieser Verpflichtung dadurch nachkommt, dass die überwiegende Mehrheit der Personen unter 18 Jahren kraft Gesetzes nicht zur Nachtarbeit herangezogen werden darf.»

Änderungen gegenüber Art. 7 ESC:

«Das Mindestalter für die Zulassung zu einer Beschäftigung für bestimmte Berufe, die als gefährlich oder gesundheitsschädlich gelten, war in der Charta nicht geregelt und wurde nun auf achtzehn Jahre festgelegt.

Das Alter, bis zu dem die Arbeitszeit beschränkt sein muss, wurde von sechzehn Jahren in der Charta auf achtzehn Jahre in der revidierten Charta angehoben.

Die Mindestlänge des bezahlten Jahresurlaubs für Arbeitnehmer unter achtzehn Jahren wurde von drei Wo-

¹⁶⁸ Art. 16 ff. des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz, EOG; SR 834.1).

¹⁶⁹ Bundesgesetz über die Familienzulagen (Familienzulagengesetz, FamZG), tritt per 1. Januar 2009 in Kraft.

¹⁷⁰ Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung, SR 861.

chen in der Charta auf vier Wochen in der revidierten Charta angehoben»¹⁷¹.

Art. I Nummer 2 revESC (vgl. vorher Art. 33 ESC):

Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen (sog. 80%-Klausel)

«Die Verpflichtungen aus Teil II Artikel 2 Nummern 1, 2, 3, 4, 5 und 7, Artikel 7 Nummern 4, 6 und 7, Artikel 10 Nummern 1, 2, 3 und 5 und Artikel 21 und 22 gelten als erfüllt, wenn diese Bestimmungen nach Absatz 1 dieses Artikels auf die überwiegende Mehrheit der betreffenden Arbeitnehmer Anwendung finden.»

Diskriminierungsverbot in Art. E revESC (beschlägt alle Chartarechte)

«Der Genuss der in dieser Charta festgelegten Rechte muss ohne Unterscheidung insbesondere nach der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Gesundheit, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, der Geburt oder dem sonstigen Status gewährleistet sein.»

[Rz 140] **Wichtige Bearbeitungsquellen zu Art. 16:** Europarat, 2002, S. 138 ff.; Lenia Samuel, 2002, S. 171 ff.; ECSR, Digest of case law, 2006, S. 74 ff. und 214 ff.; Botschaft 1983, S. 1324 ff.; Bericht 1995, S. 778 ff.; Bericht 2002, S. 71 ff. und S. 108; Zusatzbericht 2004, S. 10; Angelika Nussberger, 2005, S. 85 und 270 f.

b) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 7 überschneiden

[Rz 141] Verschiedene Menschenrechtspakte enthalten Bestimmungen zum Schutz der Kinder, so beispielsweise Art. 10 Ziffer 3 UN-Pakt I und Art. 24 UN-Pakt II sowie die UN-Spezialkonvention über die Rechte des Kindes (KRK). Anders als diese Konventionen, die eine breitere Palette von Schutzmassnahmen kennen, fokussiert Art. 7 den Schutz von Kindern und Jugendlichen *fast* ausschliesslich bei der Arbeit. Insofern scheint Art. 7 weniger von den UN-Menschenrechtspakten als von IAO-Übereinkommen beeinflusst zu sein.

[Rz 142] Spezifisch mit Fragen der Arbeit von Kindern und Jugendlichen befasst sich immerhin Art. 32 KRK. Er will Kinder vor wirtschaftlicher Ausbeutung schützen und verpflichtet die Ratifikationsstaaten insbesondere zur Festlegung eines Mindestalters für die Ausübung von Arbeit durch Kinder und Jugendliche sowie zur Regelung von deren Arbeitszeit und Arbeitsbedingungen. Die Schweiz hat zudem das Fakultativprotokoll zur KRK über die Rechte des Kindes betreffend

den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie ratifiziert¹⁷².

[Rz 143] Die Schweiz ratifizierte auch die IAO-Übereinkommen Nr. 6 betreffend die gewerbliche Nacharbeit von Jugendlichen, Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (als solches gilt vorbehaltlich gewisser Ausnahmen das 15. Altersjahr) und Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit¹⁷³. Die beiden letzteren Übereinkommen gehören laut der «1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work»¹⁷⁴ zu den acht «minimal core conventions», welche die IAO-Mitgliedstaaten auch dann binden, wenn sie diese nicht ratifiziert haben.

c) Beurteilung zu Art. 7: Das Recht der Kinder und Jugendlichen auf Schutz

[Rz 144] Art. 7 regelt den ersten drei Absätzen **verschiedene Aspekte des Verbots der Kinderarbeit** und in den übrigen Absätzen **Aspekte der Arbeitsbedingungen von Kindern und Jugendlichen**; immerhin betrifft Abs. 10 laut Sozialrechtsausschuss nicht nur den Schutz von Kindern und Jugendlichen gegenüber **körperlichen und sittlichen Gefährdungen** im Arbeitsleben, sondern darüber hinaus auch im Privatleben. Art. 7 überschneidet sich teils mit Art. 17 über den Schutz von Müttern und Kindern, wobei laut case law die letztere Bestimmung vor allem dem Schutz von Kindern im Vorschulalter gewidmet ist und die hier zu untersuchende Bestimmung SchuldKinder und Jugendliche erfasst¹⁷⁵.

[Rz 145] Abs. 1 verbietet die Arbeitstätigkeit von Kindern bis zum 15. Altersjahr in sämtlichen Bereichen der Wirtschaft, eingeschlossen Familienbetriebe, sowie in Haushalten. Eine Ausnahme gilt für leichte Arbeiten. Das sind wortlautgemäss solche, die nicht der Gesundheit, der Sittlichkeit oder der Erziehung der heranwachsenden Person schaden. Aber auch leichte Arbeiten dürfen nicht zu lange erbracht werden. Nach Abs. 2 dürfen Personen unter achtzehn Jahren bestimmte Arbeiten, die aus physischen, chemischen oder biologischen Gründen gefährlich und gesundheitsschädlich sind, nicht ausüben. Eine Ausnahme gilt laut der einschlägigen Interpretationsbestimmung im Anhang für gefährliche Arbeiten, die zum Zwecke der Ausbildung unter fachkundiger Aufsicht und nur für die erforderliche Dauer getätigt werden. Abs. 3 verbietet die Beschäftigung schulpflichtiger Kinder, soweit dies ihrer Schulausbildung schadet, indem sie über ein zeitlich limitiertes Ausmass hinaus geht. Als zulässig wurde etwa eine Arbeit von bis zu zwei Stunden täglich oder eine Arbeit von acht

¹⁷² SR 0.107.2.

¹⁷³ Für einige weitere IAO-Übereinkommen zum Schutz von Kinder und Jugendlichen vgl. Angelika Nussberger, 2005, S. 89. ZU den beiden im Text genannten Übereinkommen vgl. Eva Maria Belser, 2007, S. 455 ff.

¹⁷⁴ International Labour Conference, 86th Session, 1998. Vgl. www.ilo.org/declaration/lang-en/index.htm.

¹⁷⁵ Vgl. Angelika Nussberger, 2005, S. 85 und 270 mit Hinweisen.

¹⁷¹ Europarat, 2002, S. 14.

Stunden täglich während maximal der Hälfte der Schulferien qualifiziert. Die Schweiz erfüllt die Anforderungen von Abs. 1 bis 3 aufgrund von Regelungen im Arbeitsgesetz (ArG) und in der Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, ArGV 5)¹⁷⁶. Eine gewisse Problematik besteht möglicherweise noch darin, dass das ArG das Mindestalter für die Beschäftigung von Jugendlichen in Familienbetrieben, wenn darin nicht zugleich Arbeitnehmer/innen von ausserhalb der Familie beschäftigt werden, nicht erfasst¹⁷⁷.

[Rz 146] Abs. 6 erfordert, dass Lehrlinge die in der Berufschulung verbrachte Zeit an die arbeitsvertraglich fixierte Arbeitszeit anrechnen können, und Art. 9 sieht ärztliche Eintrittsuntersuchungen sowie die regelmässige ärztliche Überwachungen von Arbeitnehmer/innen unter achtzehn Jahren in gewissen Tätigkeiten vor. Nach Abs. 10 sind Kinder und Jugendliche vor gesundheitlichen und sittlichen Gefahren zu schützen, die sich namentlich im Arbeitsleben, aber auch im Privatleben ergeben. Der Sozialrechtsausschuss legt diesbezüglich auch besonderen Wert auf Massnahmen zum Schutz von sexueller Ausbeutung. Auch im Rahmen dieser Absätze wird das schweizerische Recht den Vorgaben gerecht.

[Rz 147] Abs. 4, Abs. 6, Abs. 7 und Art. 8 gelten als erfüllt, wenn in einem Ratifikationsstaat die überwiegende Mehrheit der entsprechenden jugendlichen Arbeitnehmer/innen, eingeschlossen die Lehrlinge, das darin erforderliche Schutzniveau tatsächlich geniesst (sog. 80%-Klausel). Für die Schweiz unproblematisch sind hier Abs. 7 über mindestens vierwöchigen Ferien pro Jahr sowie Abs. 8 über die restriktive Regelung der Nachtarbeit für unter Achtzehnjährige.

[Rz 148] Abs. 4 verlangt eine **Begrenzung der Arbeitszeit von Jugendlichen unter 18 Jahren** entsprechend den Erfordernissen ihrer Entwicklung und insbesondere ihrer Berufsausbildung. Der Sozialrechtsausschuss hält für **Jugendliche unter 16 Jahren** eine Arbeitszeit von acht Tages- oder 40 Wochenstunden nur für zulässig, wenn die für die Berufsbildung aufgewendete Zeit darin eingerechnet wird¹⁷⁸. In der Schweiz darf laut Art. 31 ArG die tägliche Arbeitszeit Jugendlicher bis zu neun Stunden betragen, wobei die im obligatorischen Berufsschulunterricht verbrachte Zeit anzurechnen ist. Jedoch kennen weder das Arbeitsgesetz noch die Jugendarbeitsschutzverordnung eine zusätzliche Einschränkung für unter 16-jährige Jugendliche¹⁷⁹. Daher dürfte – trotz der

80%-Klausel – das schweizerische Recht Abs. 4 nicht zu genügen.

[Rz 149] Abs. 5 verlangt ein gerechtes Arbeitsentgelt für jugendliche Arbeitnehmer/innen und Auszubildende. Der Ausschuss legt dies so aus, dass erstens jugendliche Arbeitnehmer/innen höchstens einen um 20-30% geringeren Verdienst im Vergleich zum Anfangssalär oder zum Minimallohn für erwachsene Arbeitnehmer/innen erhalten dürfen. Zweitens dürfen die Lehrlinge zwar unter Berücksichtigung des Aufwandes für die Ausbildung ein geringeres Entgelt erhalten, jedoch soll das Berufsausbildungssystem dadurch nicht für den Erhalt unterbezahlter Arbeitskräfte zweckentfremdet werden. Um diesen Erfordernissen gerecht zu werden, legt der Ausschuss die **Minimalschwelle für Lehrlingslöhne** dergestalt fest, dass sie zu Beginn der Ausbildung nicht tiefer als ein Drittel und zu Ende mindestens zwei Drittel des Anfangssalärs oder des Minimallohns für erwachsene Arbeitnehmer/innen betragen sollten¹⁸⁰. Auch hier stimmen das schweizerische Recht und die Erfordernisse der Charta kaum oder nicht überein. Ein weiteres Problem könnten zudem allenfalls **schlechtere Chancen ausländischer Jugendlicher auf dem Lehrmarkt** darstellen.

[Rz 150] Schliesslich ist dem case law zu Art. 7 auch zu entnehmen, dass illegal im Land anwesende Kinder das Recht auf vollen Schutz im Bereich der **Gesundheitsleistungen** haben (und nicht nur ein Recht auf medizinische Nothilfe). Insofern geht Art. 7 über Art. 13 Abs. 4 hinaus¹⁸¹. Die Schweiz erfüllt diese Bedingung, insofern auch illegale Einwohner/innen der Versicherungspflicht im KVG unterstehen und von den Krankenkassen nicht abgewiesen werden dürfen¹⁸².

[Rz 151] Im *Ergebnis* ist festzuhalten, dass das schweizerische Recht nur teilweise mit Art. 7 übereinstimmt. Denn im Bereich des dualen Berufsbildungssystems bleiben wahrscheinlich die schweizerischen Regelungen über die maximale Arbeitszeit der 15- bis 16-Jährigen (eingeschlossen die auf die Berufsschule verwendete Zeit) und sicherlich die fehlende Regelung sowie die Praxis betreffend die Höhe des Lehrlingslohnes hinter den Erfordernissen des case law zu Abs. 4 und Abs. 5 zurück.

¹⁷⁶ SR 822.11; SR 822.115.

¹⁷⁷ Vgl. Bericht 2002, S. 72: Das von der Schweiz im Jahr 1999 ratifizierte IAO-Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung führte zu einer Revision des Arbeitsgesetzes dergestalt, dass die Mindestaltersbestimmungen auch für Landwirtschaftsbetriebe, Gärtnereibetriebe, Fischereibetriebe und private Haushalten gelten (vgl. Art. 2 Abs. 4 ArG). Indessen bestehen Probleme noch bei den Familienbetrieben, soweit diese nicht zugleich von ausserhalb der Familie stammende Arbeitnehmer/innen beschäftigen.

¹⁷⁸ Vgl. Bericht 2002, S. 74; conclusions XV-2, Österreich, Belgien, Malta.

¹⁷⁹ Vgl. auch Bericht 2002, S. 74, Zusatzbericht 2004, S. 10.

¹⁸⁰ Vgl. ECSR, Digest of case law, S. 75 f. mit Hinweisen; Lenia Samuel, 2002, S. 189 ff.; für Lehrlingslöhne insbesondere Conclusions XVII-2, Germany, ad Art. 7 Abs. 5.

¹⁸¹ Vgl. Complaint Nr. 14/2003, International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France (Decision on the merits of 8 September 2004).

¹⁸² BGE 129 V 77.

6. Art. 20 revESC: Das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen

ARTIKEL 20 – Das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

«Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien, dieses Recht anzuerkennen und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um dessen Anwendung in den folgenden Bereichen zu gewährleisten oder zu fördern:

- a. Zugang zur Beschäftigung, Kündigungsschutz und berufliche Wiedereingliederung;
- b. Berufsberatung und berufliche Ausbildung, Umschulung und berufliche Rehabilitation;
- c. Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich des Entgelts;
- d. beruflicher Werdegang, einschließlich des beruflichen Aufstiegs.

Anhang der revESC,

Interpretationsbestimmung zu Artikel 20

1. «Es besteht Einverständnis darüber, dass Fragen der sozialen Sicherheit sowie die Bestimmungen über Leistungen bei Arbeitslosigkeit, bei Alter und an Hinterbliebene vom Geltungsbereich dieses Artikels ausgenommen werden können.
2. Bestimmungen über den Schutz der Frau, insbesondere hinsichtlich der Schwangerschaft, der Entbindung und der Zeit nach der Entbindung gelten nicht als Diskriminierung im Sinne dieses Artikels.
3. Dieser Artikel steht der Annahme besonderer Massnahmen zur Beseitigung von tatsächlich bestehenden Ungleichheiten nicht entgegen.
4. Vom Geltungsbereich dieses Artikels oder einiger seiner Bestimmungen können berufliche Tätigkeiten ausgenommen werden, die aufgrund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung nur Personen eines bestimmten Geschlechts übertragen werden können. Diese Bestimmung ist nicht so auszulegen, als seien die Vertragsparteien verpflichtet, in Gesetzen oder sonstigen Vorschriften eine Liste der beruflichen Tätigkeiten festzulegen, die aufgrund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung nur Personen eines bestimmten Geschlechts vorbehalten werden können.»

Art. 20 ESC als neue Bestimmung und Kernbestimmung im Verhältnis zur ESC

Die ESC enthielt noch keine Bestimmung, die Art. 20 revESC über das «Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts» vergleichbar war. Vielmehr entstammt Art. 20 revESC ursprünglich Art. 1 des Zusatzprotokolls von 1988¹⁸³. Dieser wurde 1996 in die revESC übernommen und darin zu einer Kernbestimmung gemacht.

Einschränkung von Chartarechten, Art. G revESC (beschlägt alle Chartarechte)

1. «Die in Teil I niedergelegten Rechte und Grundsätze dürfen nach ihrer Verwirklichung ebenso wie ihre in Teil II vorgesehene wirksame Ausübung anderen als den in diesen Teilen vorgesehenen Einschränkungen oder Begrenzungen nur unterliegen, wenn diese gesetzlich vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer oder zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Sicherheit des Staates, der Volksgesundheit und der Sittlichkeit notwendig sind.

2. Von den nach dieser Charta zulässigen Einschränkungen der darin niedergelegten Rechte und Verpflichtungen darf nur zu dem vorgesehenen Zweck Gebrauch gemacht werden.»

Diskriminierungsverbot in Art. E revESC (beschlägt alle Chartarechte)

«Der Genuss der in dieser Charta festgelegten Rechte muss ohne Unterscheidung insbesondere nach der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Gesundheit, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, der Geburt oder dem sonstigen Status gewährleistet sein.»

[Rz 152] **Wichtige Bearbeitungsquellen zu Art. 20:** Europarat, 2002, S. 197 ff.; Lenia Samuel, 2002, S. 445 ff.; ECSR, Digest of case law, 2006, S. 133 ff. und 275 ff.; Bericht 2002, S. 112 ff.; Zusatzbericht 2004, S. 10 f.; Fact Sheet, Equality between Women and Men in the European Social Charter, Document prepared by the Secretariat of the European Social Charter, 20 September 2005, S. 2 ff., 5 ff., 9 ff.¹⁸⁴

b) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 20 überschneiden

[Rz 153] Die IAO-Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit

¹⁸³ Vgl. vorne im Text bei Fn. 14 und Fn. 17.

¹⁸⁴ Equality between Women and Men in the European Social Charter, Document prepared by the Secretariat of the European Social Charter.

des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit von 1951 und Nr. 111 über Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf von 1958 wurden beide von der Schweiz ratifiziert. Sie gehören ebenfalls zu den acht «core conventions», welche die IAO-Mitgliedstaaten auch dann binden, wenn sie diese nicht ratifiziert haben¹⁸⁵. Während das Übereinkommen Nr. 100 dem Problem der Geschlechterdiskriminierung im Bereich des Arbeitsentgelts samt betrieblichen Sozialleistungen gewidmet ist, erfasst das Übereinkommen Nr. 111 Diskriminierungen aufgrund aller verpönten Merkmale wie Geschlecht, Rasse, Weltanschauung usw. im Bereich des Zugangs zur Arbeit und sämtlicher Arbeitsbedingungen, eingeschlossen die staatlichen Sozialversicherungen.

[Rz 154] Weiter finden sich Geschlechterdiskriminierungsverbote in den beiden UN-Pakten und in der EMRK. Sie beschlagen dort den Bereich aller materiellen Paktgarantien. Am stärksten ausgeprägt und am umfassendsten geregelt ist der Diskriminierungsschutz in der UN-Spezialkonvention zur Beseitigung jeder Diskriminierung der Frau (FDK). Sie betrifft die Ausübung von Rechten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen und jedem sonstigen Bereich. Das Fakultativprotokoll zur FDK über ein Individualbeschwerdeverfahren auf internationaler Ebene dürfte nach Unterzeichnung durch den Bundesrat im Jahr 2007 und der Zustimmung der Eidgenössischen Räte zur Ratifizierung in den Jahren 2007 und 2008 demnächst ratifiziert werden¹⁸⁶.

c) **Beurteilung zu Art. 20: Das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts**

[Rz 155] Im Bereich von Art. 20 über das «Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts» existieren Überschneidungen und Berührungspunkte mit andern Bestimmungen der revESC. Das Diskriminierungsverbot in Art. E revESC, welches im Bereich sämtlicher Chartabestimmungen gilt, verbietet die unterschiedliche Behandlung aufgrund der anerkannten verpönten Merkmale wie Rasse, Geschlecht, Religion usw., während Art. 20 einzig im Bereich der Arbeitsbedingungen gilt und einzig Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts untersagt. Des Weiteren existieren Überschneidungen von Art. 20 namentlich mit Art. 1 und Art. 4. Art. 20 und Art. 1 überschneiden sich, da einerseits Art. 1 Abs. 2 über das Recht, seinen Lebensunterhalt durch frei gewählte Arbeit zu verdienen, gemäss Spruchpraxis zugleich ein Diskriminierungsverbot aufgrund der anerkannten verpönten Merkmale umfasst und andererseits Art. 20 Bst.

c die Geschlechterdiskriminierung im Bereich der «Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschliesslich des Entgelts», regelt. Art. 20 Bst. c geht über Art. 4 Abs. 3 hinaus, insofern die letztere Bestimmung nur die Entgeltgleichheit regelt, während die vorliegend zu diskutierende Bestimmung überdies auch die allgemeine Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf behandelt.

[Rz 156] Art. 20 verlangt von den Ratifikationsstaaten, dass sie die **Gleichbehandlung aufgrund des Geschlechts in allen Stadien und Aspekten des Arbeitsverhältnisses** durchsetzen, so namentlich beim Zugang zur Arbeit, beim Entgelt, bei sämtlichen Arbeitsbedingungen, bei der Kündigung, bei der beruflichen Ausbildung und der beruflichen Karriere und bei der Wiedereingliederung. Das Gleichbehandlungsgebot beschlägt öffentliche und private Arbeitsverhältnisse. Im Übrigen erfasst der Begriff der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auch den Bereich der sozialen Sicherheit. Allerdings können die Staaten bei der Annahme von Art. 20 – dies stellt im Rahmen der ESC/revESC eine Ausnahme dar – einen Vorbehalt betreffend die Geschlechtergleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit machen¹⁸⁷.

[Rz 157] Bereits im Rahmen des ersten Berichtszyklus hielt der Sozialrechtsausschuss fest, Art. 20 verpflichte die Ratifikationsstaaten, das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht nur auf Verfassungsebene, sondern auch **auf Gesetzesebene** festzuschreiben. Für die Schweiz ist diesbezüglich auf Art. 8 Abs. 3 und 4 der Bundesverfassung (BV) sowie auf das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (**Gleichstellungsgesetz, GIG**¹⁸⁸) zu verweisen. Weiter sind gemäss Art. 20 detaillierte gesetzliche sowie effektive judizielle Massnahmen zur wirksamen Durchsetzung dieses Grundsatzes einzuführen. Es ist eine aktive Gleichstellungspolitik zu betreiben¹⁸⁹.

[Rz 158] **Ausnahmen:** Die Interpretationsbestimmungen des Anhangs zu Art. 20, Nummern 2 bis 4, machen klar, dass spezifische Schutzmassnahmen für Frauen in Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft¹⁹⁰ keine unzulässige Ungleichbehandlung darstellen. Positive Massnahmen zur Herstellung von Chancengleichheit sind nicht nur zulässig, sondern geboten. Die Ausübung bestimmter Arbeiten darf aufgrund ihrer Natur oder Umstände nur dann den Angehörigen eines Geschlechts vorbehalten bleiben, wenn hierfür in Übereinstimmung mit Art. G revESC gesetzlich vorgeschrie-

¹⁸⁵ Vgl. vorne im Text bei Fn. 174. Vgl. auch Eva Maria Belser, 2007, S. 473 ff.

¹⁸⁶ Vgl. dazu Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau - Umsetzung in der Schweiz, humanrights.ch.

¹⁸⁷ ECSR, Digest of case law, 2006, S. 133 f. und S. 277; Fact Sheet, Equality between Women and Men in the European Social Charter, Document prepared by the Secretariat of the European Social Charter, 20 September 2005, S. 2.

¹⁸⁸ SR 151.1.

¹⁸⁹ Conclusions XIII-3, Statement of Interpretation, ad article 1 of the protocol; ECSR, Digest of case law, 2006, S. 277; Lenia Samuel 2002, S. 446; Europarat 2002, S. 198.

¹⁹⁰ Vgl. Art. 8 revESC.

bene und in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Gründe vorliegen. Solch einschränkende Ausnahmerebestimmungen sind restriktiv zu handhaben. Beispielsweise stellt das generelle Verbot der Nachtarbeit von Frauen eine unzulässige Ungleichbehandlung dar¹⁹¹.

[Rz 159] Der in Art. 20 enthaltene Grundsatz der Gleichbehandlung verbietet sowohl **direkte wie indirekte Diskriminierungen** aufgrund des Geschlechts. Zu den indirekten Diskriminierungen gehört auch die Schlechterstellung von Teilzeiterwerbstätigen im Verhältnis zu Vollzeiterwerbstätigen, da die überwiegende Mehrheit der Teilzeiter/innen Frauen sind¹⁹². Diskriminierungen können auch darin bestehen, dass Ungleiches nicht entsprechend seiner Ungleichheit behandelt wird und entsprechende Massnahme zugunsten bestimmter Gruppen unterlassen werden¹⁹³.

[Rz 160] Der Grundsatz des **gleichen Entgelts für gleichwertige Arbeit** betrifft alle Leistungen, die infolge einer Beschäftigung bezahlt werden. Die Staaten sollten statistische Methoden entwickeln, die auch einen Vergleich von Berufen, welche vorab von Frauen ausgeübt werden, mit solchen, die vorab von Männern ausgeübt werden, erlaubt.

[Rz 161] **Positive Massnahmen** zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit sind nicht nur zulässig, sondern geboten. Der Ausschuss definiert eine ganze Reihe von angemessenen Massnahmen¹⁹⁴ und verweist diesbezüglich auf die Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates von 7. Oktober 1998 über gender mainstreaming¹⁹⁵.

[Rz 162] Wie bereits erwähnt wurde, sind detaillierte gesetzliche sowie effektive judizielle Massnahmen zur wirksamen Durchsetzung des Verbots der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Beschäftigung und Beruf einzuführen. Das nationale Recht muss Klagemöglichkeiten von einer unabhängigen Instanz gegen Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts vorsehen. Im Klageverfahren muss eine teilweise **Beweislastumkehr** gelten: Im Falle einer ersten Glaubhaftigkeit der klägerischen Vorbringen soll alsdann nicht die Klägerin das Vorliegen einer Diskriminierung, sondern die beklagte Person das Nichtvorhandensein einer Diskriminierung beweisen. Auch sollte ein **Verbandsbeschwerderecht** für Diskriminierungsfälle eingerichtet werden. Bei Diskriminierungen bedarf es einer Entschädigung für das Opfer, die angemessen ist und auf den Rechtsverletzer abschreckend

wirkt. Bei Entlassung aus diskriminierenden Gründen muss in erster Linie eine **Wiedereinstellung** plus Ersatz des zusätzlichen Schadens vorgesehen sein und in zweiter Linie – sofern das Opfer dies wünscht und eine weitere Zusammenarbeit unmöglich ist – eine Entschädigung für den materiellen und immateriellen Schaden. In den übrigen Diskriminierungsfällen ist eine angemessene Schadensersatzzahlung erforderlich. Es sollte **keine apriorische gesetzliche Obergrenze für den Schadensersatz** vorgesehen sein¹⁹⁶.

[Rz 163] In der Schweiz gewährt in erster Linie das GIG Schutz vor Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts. Art. 6 GIG enthält eine Regelung zur Beweislast erleichterung, welche allerdings in Fällen der Anstellungsdiskriminierung nicht greift. Art. 10 GIG ermöglicht im Falle einer diskriminierenden Entlassung die Wiedereinstellung, dies während des gerichtlichen Verfahrens sowie sechs Monate darüber hinaus. Art. 5 GIG sieht für die Anstellungsdiskriminierung und die sexuelle Belästigung je drei und für die diskriminierende Kündigung sechs Monatslöhne als Entschädigungsobergrenze vor. Allerdings können nach derselben Bestimmung weitere Ansprüche aus anderen Rechtstiteln wie Schadenersatz oder Genugtuung abgeleitet werden¹⁹⁷.

[Rz 164] Im *Ergebnis* ist festzuhalten, dass die schweizerische Gesetzgebung den Erfordernissen von Art. 20 knapp genügt. Problematisch sind möglicherweise das Fehlen der Beweislastumkehr bei Anstellungsdiskriminierungen und die Entschädigungsobergrenze für erlittene Geschlechterdiskriminierung, auch wenn das Gesetz Spielraum für die Festlegung weiterer Ansprüche lässt. Die soziale Sicherheit der Arbeitenden gehört grundsätzlich ebenfalls zu den Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 20. Jedoch können die Ratifikationsstaaten diesbezüglich – und dies stellt eine Ausnahme im Rahmen der ESC/revESC dar – einen Vorbehalt für allfällig im nationalen Sozialversicherungsrecht bestehende Geschlechterdiskriminierungen anbringen.

7. Art. 1 ESC/revESC: Das Recht auf Arbeit

a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen

ARTIKEL 1 – Das Recht auf Arbeit

«Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Arbeit zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien:

1. im Hinblick auf die Verwirklichung der Vollbeschäftigung die Erreichung und Aufrechterhaltung eines möglichst hohen und stabilen Beschäftigungsstands

¹⁹¹ ECSR, Digest of case law 2006, S. 136 f.

¹⁹² ECSR, Digest of case law 2006, S. 134, Fact Sheet, Equality between Women and Men in the European Social Charter, Document prepared by the Secretariat of the European Social Charter, 20 September 2005, S. 2.

¹⁹³ Vgl. ECSR, Digest of case law 2006, S. 134 mit Hinweisen auf EGMR-Rechtsprechung und zwei complaints.

¹⁹⁴ Vgl. die Aufzählung in ECSR, Digest of case law 2006, S. 137; Fact Sheet, Equality between Women and Men in the European Social Charter, Document prepared by the Secretariat of the European Social Charter, 20 September 2005, S. 9 f.

¹⁹⁵ R (98) 14.

¹⁹⁶ Vgl. die Aufzählung in ECSR, Digest of case law, 2006, S. 134 ff. und S. 278, Fact Sheet, Equality between Women and Men in the European Social Charter, Document prepared by the Secretariat of the European Social Charter, 20 September 2005, S. 3 ff. je mit Hinweisen.

¹⁹⁷ Vgl. die Kommentierung der entsprechenden Artikel in Bigler-Eggenberger Margrit/Kaufmann Claudia (Hrsg.), 1997.

zu einer ihrer wichtigsten Zielsetzungen und Aufgaben zu machen;

2. das Recht des Arbeitnehmers wirksam zu schützen, seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen;

3. unentgeltliche Arbeitsvermittlungsdienste für alle Arbeitnehmer einzurichten oder aufrechtzuerhalten;

4. eine geeignete Berufsberatung, Berufsausbildung und berufliche Wiedereingliederung sicherzustellen oder zu fördern.»

Anhang der ESC/revESC, Interpretationsbestimmung zu Artikel 1 Nummer 2

«Diese Bestimmung ist nicht so auszulegen, als würden durch sie Schutzklauseln oder Schutzmassnahmen einer Gewerkschaft verboten oder erlaubt.»

Einschränkung von Chartarechten, Art. G revESC (beschlägt alle Chartarechte)

1. «Die in Teil I niedergelegten Rechte und Grundsätze dürfen nach ihrer Verwirklichung ebenso wie ihre in Teil II vorgesehene wirksame Ausübung anderen als den in diesen Teilen vorgesehenen Einschränkungen oder Begrenzungen nur unterliegen, wenn diese gesetzlich vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer oder zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Sicherheit des Staates, der Volksgesundheit und der Sittlichkeit notwendig sind.

2. Von den nach dieser Charta zulässigen Einschränkungen der darin niedergelegten Rechte und Verpflichtungen darf nur zu dem vorgesehenen Zweck Gebrauch gemacht werden.»

Diskriminierungsverbot in Art. E revESC (beschlägt alle Chartarechte)

«Der Genuss der in dieser Charta festgelegten Rechte muss ohne Unterscheidung insbesondere nach der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Gesundheit, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, der Geburt oder dem sonstigen Status gewährleistet sein.»

[Rz 165] **Wichtige Bearbeitungsquellen zu Art. 1:** Euro-parat, 2002, S. 111 ff.; Lenia Samuel, 2002, S. 13 ff.; ECSR, Digest of case law, 2006, S. 39 ff. und 173 ff.; Botschaft 1983, S. 1269 ff.; Bericht 1995, S. 736 ff.; Bericht 2002, S. 22 ff.; Zusatzbericht 2004, S. 4; Angelika Nussberger, 2005, S. 89, Marita Körner 2004.

b) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 1 überschneiden

[Rz 166] Das Recht auf Arbeit findet sich in Art. 6 UN-Pakt I. Art. 6 UN-Pakt I verlangt nicht bloss eine Politik der «produktiven Vollbeschäftigung» von den Ratifikationsstaaten, sondern die Formulierung «seinen Lebensunterhalt durch frei gewählte und übernommene Arbeit zu verdienen» verweist auch auf die abwehrrechtliche Dimension im Sinne des Verbots der Zwangsarbeit¹⁹⁸. Das Verbot der Zwangsarbeit findet sich zudem in Art. 4 EMRK und in Art. 8 Abs. UN-Pakt II.

[Rz 167] Im Bereich des IAO-Rechts findet sich das Ziel der Vollbeschäftigung in den IAO-Übereinkommen Nr. 122 über die Beschäftigungspolitik von 1964 und Nr. 168 über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit von 1988. Die Schweiz hat die Konvention Nr. 168 ratifiziert. Die IAO-Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit von 1930 und Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit von 1957 wurden von der Schweiz ratifiziert, und sie gehören im Übrigen auch zu den acht «core conventions», welche die IAO-Mitgliedstaaten auch ohne Ratifizierung binden¹⁹⁹. Ebenfalls in Art. 1 geregelte Themen betreffen die IAO-Übereinkommen Nr. 88 über die Organisation der Arbeitsmarkterwaltung von 1948 und Nr. 142 über die Berufsberatung und die Berufsbildung im Rahmen der Erschließung des Arbeitskräftepotentials von 1975, welche beide von der Schweiz ratifiziert wurden.

[Rz 168] Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der Sozialrechtsausschuss in Art. 1 Abs. 2 auch ein **allgemeines Verbot der Diskriminierung bei allen Aspekten von Arbeit und Beschäftigung** sowie ein Gebot des Schutzes der Privatsphäre im Beschäftigungsverhältnis in Art. 1 Abs. 2 findet. Die erstere Auslegung wurde durch Art. E revESC bestätigt.

[Rz 169] Dem allgemeinen Verbot der Diskriminierung bei allen Aspekten des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses in Art. 1 Abs. 2 entspricht weitestgehend²⁰⁰ die bereits angeführte IAO-«core convention» Nr. 111 über Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf von 1958. Sie enthält ein Diskriminierungsverbot aufgrund der verpönten Merkmale wie Geschlecht, Rasse, Weltanschauung usw. im Bereich des Zugangs zur Arbeit und sämtlicher Arbeitsbedingungen, eingeschlossen die staatlichen Sozialversicherungen. Ausgehend von der IAO-Konvention Nr. 111 hat das Diskriminierungsverbot aufgrund der bekannten verpönten Anknüpfungsmerkmale Eingang in die späteren Menschenrechtsverträge gefunden, dies insbesondere in der Form eines so genannten akzessorischen Verbots, das nur, aber immerhin, im Bereich

¹⁹⁸ Vgl. Kälin/Künzli 2005, S. 419, und insbesondere Körner, 2004, S. 19 ff.

¹⁹⁹ Vgl. vorne im Text bei Fn. 174. Zu den beiden im Text benannten Konventionen vgl. auch Eva Maria Belser, 2007, S. 434 ff.

²⁰⁰ D.h. mit Ausnahme der Ausländerdiskriminierung, welche von der IAO-Konvention nicht erfasst wird.

aller im jeweiligen Übereinkommen garantierten materiellen Rechte gilt. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der verpönten Merkmale bei allen Aspekten des Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses ergibt sich namentlich aus Art. 2 UN-Pakt I in Verbindung mit Art. 6 UN-Pakt I. Ein Ausschnitt des Diskriminierungsverbots nach Art. 1 Abs. 2 wird durch die ebenfalls bereits angeführte IAO-«core convention» Nr. 100 über die Geschlechtergleichbehandlung im Bereich des Arbeitsentgelts samt betrieblichen Sozialleistungen abgedeckt, und ein spezielles Verbot der Diskriminierung von Frauen im Arbeitsverhältnis ergibt sich aus der FDK²⁰¹. Das besondere Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse in der Rassendiskriminierungskonvention (RDK) beschlägt ebenfalls alle Aspekte des Arbeitsverhältnisses, wobei hier Rassismus und Fremdenfeindlichkeit auch im Bereich von Benachteiligungen und Feindseligkeiten gegenüber Immigrant/innen und Asylsuchenden festgemacht werden²⁰².

[Rz 170] Hinsichtlich des **Datenschutzes im Arbeitsverhältnis** sei hier nur daran erinnert, dass die Schweiz das Europarats-Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten von 1981 und das Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Kontrollstellen und grenzüberschreitendem Datenverkehr von 2001 ratifiziert hat²⁰³.

c) **Beurteilung zu Art. 1 Abs. 1: Vollbeschäftigung**

[Rz 171] Das in Art. 1 festgehaltene Recht auf Arbeit verleiht dem Individuum keinen subjektiven Anspruch gegenüber dem Staat auf einen Arbeitsplatz. Jedoch verpflichtet Art. 1 Abs. 1 den Staat dazu, die Vollbeschäftigung zu einem seiner wichtigsten Politikziele zu machen. Diese Pflicht zur Vollbeschäftigung ist eher eine Verhaltenspflicht («obligation of conduct») denn eine Ergebnispflicht («obligation of result»). Daher bedeutet das Verfehlen des Vollbeschäftigungsziels nicht per se einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1. Die nationalen Massnahmen der Vollbeschäftigungspolitik sollen sowohl die kurzfristige wie die langfristige Arbeitslosigkeit bekämpfen. Dabei prüft der Ausschuss auch das Vorhandensein von aktiven Arbeitsmarktmassnahmen. Besondere Sorge bereiten ihm Situationen raschen Wachstums des Bruttoinlandsprodukts (BIP) ohne gleichzeitige Reduktion der Arbeitslosenrate. Der Ausschuss stellte selten einen Verstoß eines Mitgliedstaates gegen die Verpflichtung aus Art. 6 Abs. 1 fest. Immerhin betrachtete er in den letzten Jahren die Situation in Bulgarien und Polen als unvereinbar mit Art. 6 Abs. 1, insofern dort zuwenig Anstrengungen in Richtung einer aktiver arbeitsmarktklicher Massnahmen unternommen wurden²⁰⁴.

[Rz 172] *Ergebnis:* Die schweizerische Situation steht namentlich seit der Stärkung arbeitsmarktklicher Massnahmen durch die Revision vom 23. Juni 1995 des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung (AVIG) in Einklang mit Art. 6 Abs. 1.

d) **Beurteilung zu Art. 1 Abs. 2: Das Recht, seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen (zugleich Diskriminierungsverbot und Schutz der Privatsphäre im Beschäftigungsverhältnis)**

[Rz 173] Art. 1 Abs. 2 verpflichtet die Ratifikationsstaaten, «das Recht des Arbeitnehmers wirksam zu schützen, seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen». Der Sozialrechtsausschuss behandelt unter dem Recht, «seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen», nicht nur das Verbot der Zwangsarbeit. Vielmehr legte er aufgrund der Erwähnung des Diskriminierungsverbots in der Chartapräambel bereits Art. 1 Abs. 2 der ESC von 1961 dahin aus, dass diese Bestimmung zugleich ein Verbot der Diskriminierung aufgrund der verpönten Merkmale des Geschlechts, der Rasse, der Religion, der nationalen Herkunft usw. hinsichtlich aller Aspekte des Zugangs zur Beschäftigung und des Beschäftigungsverhältnisses enthält. Dies gilt selbstverständlich weiterhin nach der Festschreibung eines Diskriminierungsverbots in Art. E der revESC von 1996, welches alle materiellen Chartabestimmungen beschlägt. Seit dem Kontrollzyklus 2006 prüft der Ausschuss unter Art. 1 Abs. 1 zudem auch die Frage des Schutzes der Privatsphäre im Arbeitsverhältnis. Demnach werden unter Art. 1 Abs. 2 die folgenden drei Themenkomplexe überprüft:

- Das Verbot der Zwangsarbeit
- Das Verbot der Diskriminierung in Beschäftigung und Arbeit
- Schutz der Privatsphäre bei der Beschäftigung

[Rz 174] Eine Verletzung des **Verbots der Zwangsarbeit** stellte der Ausschuss namentlich in Bereich besonderer Statusverhältnisse und in folgenden Fällen fest: Wenn der Staat übermässig lange vertragliche Bindungen von Berufsoffizieren infolge der genossenen Ausbildung vorschrieb; wenn er seine Macht zur Requisition von Bürger/innen zu bestimmten Tätigkeiten bei aussergewöhnlichen Ereignissen zu breit definierte (da sie über die in Art. 31 ESC/Art. E recESC niedergelegten Zulässigkeitsgründe zur Einschränkung von Chartarechten hinausgingen, demnach über das hinaus, was in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer oder zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Sicherheit des Staates, der Volksgesundheit und der Sittlichkeit notwendig ist); wenn der Zivildienst mehr als die 1½-fache Länge des Wehrdienstes

²⁰¹ Vgl. zum ganzen Absatz vorne im Text bei Fn. 180.

²⁰² Vgl. Edgar Imhof, 2005, Rz 92 mit Hinweisen.

²⁰³ SEV Nr. 108 und Nr. 181.

²⁰⁴ ECSR, Digest of case law 2006, S. 39 und 173 f.; Lenia Samuel 2002, S.

13 ff., Europarat 2002, S. 112; Bericht 2002, S. 22 f.

dauerte; und wenn Strafgefangene ohne ihr Einverständnis und zugleich ohne Bezahlung eines marktüblichen Lohnes bei privaten Unternehmen arbeiten mussten²⁰⁵.

[Rz 175] Wie bereits dargestellt wurde, ist eine Regelung, die eine arbeitslose Person ab dem ersten Moment der Arbeitslosigkeit zur Annahme einer Arbeit oder eines Beschäftigungsprogrammplatzes oder die eine von Invalidität bedrohte Person zur Teilnahme an einem Arbeitstrainingsprogramm verpflichtet, ohne dabei die bisherige berufliche Tätigkeit und die persönlichen Fähigkeiten der betreffenden Person angemessen zu berücksichtigen, unvereinbar mit Art. 12 Abs. 1 oder Abs. 3²⁰⁶. Es stellt sich daher die Frage, ob eine solche Regelung auch einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 2 über das Recht einer jeden Person, ihren Lebensunterhalt durch frei übernommene Arbeit zu verdienen, darstellt. Der Sozialrechtsausschuss hat solche Regelungen und Verletzungen von Art. 12 Abs. 1 oder Abs. 3 mehrfach mittels Querverweisen in Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 2 gebracht sowie unter Art. 1 Abs. 2 moniert²⁰⁷. Daher ist trotz bislang fehlender eindeutiger Feststellung anzunehmen, dass die genannten Regelungen auch gegen Art. 1 Abs. 2 verstossen²⁰⁸.

[Rz 176] Weiter müssen die Ratifikationsstaaten jede Form der **Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, Religion, Rasse, Weltanschauung, Gewerkschaftszugehörigkeit, nationaler oder sozialer Herkunft, Gesundheit usw. bei allen Aspekten der Beschäftigung** verbieten. Mittlerweile ergibt sich dieselbe Verpflichtung auch aus dem Diskriminierungsverbot in Art. 4 der revESC in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2; überdies stellt Art. 20 über das Verbot der Geschlechterdiskriminierung in Beschäftigung und Beruf eine Spezialregelung (lex specialis) zu Art. 1 Abs. 2 dar²⁰⁹. Der Sozialrechtsausschuss führt aus:

«Legislation should prohibit both **direct and indirect discrimination**.

Discrimination is defined as a difference in treatment between persons in comparable situations where it does not pursue a legitimate aim, is not based on objective and reasonable grounds or is not proportionate to the aim pursued. Whether a difference in treatment pursues a legitimate aim and is proportionate is assessed in light of Article G of the Charter.

Indirect discrimination arises when a measure or practice without a legitimate aim, disproportionately

affects persons having a particular religion or belief, a particular disability, a particular age, a particular sexual orientation, particular political opinion, particular ethnic origin or persons belonging to a particular race. Indirect discrimination may also arise by failing to take positive account of all relevant differences or by failing to take adequate steps to ensure that the Rights and collective advantages that are open to all are genuinely accessible by and to all.»²¹⁰

[Rz 177] Insbesondere in der neueren Rechtsprechung scheint der Ausschuss zwecks **effektiver Durchsetzung des Diskriminierungsverbots eine allgemeine privatrechtliche Antidiskriminierungsgesetzgebung** mit ähnlichen Instrumenten wie im Rahmen der Spezialbestimmung von Art. 20²¹¹ zu verlangen. Dazu gehören insbesondere die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde durch die betroffene Person bei einer unabhängigen Instanz, Beweislast erleichterungen, Verbandsklagerechte, Möglichkeit der richterlichen Aufhebung diskriminierender Bestimmungen in Arbeitsverträgen und Betriebsreglementen, Möglichkeit der Wiedereinstellung und Entschädigungsansprüche mit dissuasivem Charakter und ohne apriorische obere Maximalhöhe²¹². Die Schweiz kennt indessen solch ausführliche Regelungen nur im Bereich der Geschlechterdiskriminierung²¹³ und der Behindertengleichstellung.

[Rz 178] Für die Beschäftigung von **ausländischen Arbeitnehmer/innen** dürfen die Mitgliedstaaten eine Arbeitsbewilligung voraussetzen. Jedoch dürfen sie die Ausländer/innen nicht generell von bestimmten Tätigkeiten ausschliessen, es sei denn, diese stünden in enger Verbindung mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse²¹⁴.

[Rz 179] Seit dem neuesten Kontrollzyklus subsumiert der Sozialrechtsausschuss auch Fragen des **Schutzes der Privatsphäre im Arbeitsverhältnis** unter Art. 1 Abs. 2, dies unter besonderer Berücksichtigung moderner Datenverarbeitungstechniken²¹⁵. Bei dieser Auslegung ergeben sich gewisse Überschneidungen mit andern Chartabestimmungen, beispielsweise mit Art. 26 über das Recht auf Würde

²⁰⁵ ECSR Digest of case law 2006, S. 42 f.

²⁰⁶ Vgl. vorne im Text bei Fn. 82 und Fn. 91.

²⁰⁷ Vgl. Lenia Samuel 2002, S. 19, ECSR, Digest of case law, S. 98, Conclusions Germany XVII, ad Art. 12 und XVIII, ad Art. 1 Abs. 2, Conclusions Norway 2006, ad Art. 12 und ad Art. 1 Abs. 2, Conclusions Danmark XVII-1, ad Art. 12 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 2.

²⁰⁸ Ebenso Bericht 2002, S. 23.

²⁰⁹ Vgl. vorne im Text nach Fn. 186.

²¹⁰ ECSR, Digest of case law 2006, S. 40 f.

²¹¹ Vgl. vorne im Text bei Fn. 196.

²¹² Conclusions XVI-1, General Introduction, Rz 6 (remarks): «As far as Article 1§2 (the right to earn one's living in an occupation freely entered upon) is concerned ... the committee developed its case law as follows: first it holds that most of the requirements for compliance with Article 12§1 as regards the prohibition of discrimination on the ground of sex apply to any ground of discrimination»; vgl. weiter: ECSR, Digest of case law 2006, S. 41, unter anderem mit Hinweis auf die complaint No. 24/2004 vom 6. Februar 2004, Syndicat SUD Travail Affaires Sociales v. France, und conclusions 2006, Albania, ad Art. 1 Abs. 2. Vgl. dazu auch Kurt Pärli/Alexandra Caplazi/Caroline Suter, 2007, S. 104-106.

²¹³ Vgl. vorne im Text bei Fn. 197.

²¹⁴ ECSR, Digest of case law, 2006, S. 41 f.

²¹⁵ Conclusions 2006, General Introduction, Statements of Interpretation, ad Art. 1 Abs. 2.

am Arbeitsplatz. Der Sozialrechtsausschuss betrachtet namentlich die Frage nach persönlichen oder intimen Daten anlässlich von Einstellungsgesprächen und das Abhören von Gesprächen von Arbeitnehmer/innen als unzulässig. Weiter problematisiert er die Gefahren der modernen Datenspeicherung und des Datenaustausches mit Dritten. Die Schweiz regelt den Datenschutz im Arbeitsverhältnis in Art. 328b des Obligationenrechts (OR) und im Datenschutzgesetz (DSG)²¹⁶. Sie hat überdies das Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten von 1981 und das Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Kontrollstellen und grenzüberschreitendem Datenverkehr von 2001 ratifiziert²¹⁷.

[Rz 180] Im *Ergebnis* steht damit fest, dass das schweizerische Recht die Erfordernisse von Art. 1 Abs. 1 erfüllt, soweit es um Datenschutz im Arbeitsverhältnis geht, hingegen nicht, wo diese Bestimmung eine eigentliche Antidiskriminierungsgesetzgebung im Arbeitsrecht fordert. Allerdings wurde der Schweiz auch im Rahmen anderer Menschenrechtsabkommen bereits mehrfach die Einführung einer allgemeinen Diskriminierungsgesetzgebung empfohlen²¹⁸. Hinsichtlich des eigentlichen Rechts, seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen, können sich jene Bestimmungen im AVIG und im IVG als Verstoß gegen Art. 1 Abs. 2 erweisen, welche zur Teilnahme an Beschäftigungs- und Trainingsprogrammen verpflichten, ohne notwendig die bisherigen beruflichen Erfahrung und die persönlichen Fähigkeiten der versicherten Person zu berücksichtigen.

e) Beurteilung zu Art. 1 Abs. 3: Unentgeltliche Arbeitsvermittlungsdienste

[Rz 181] Die Arbeitsvermittlungsdienste nach Art. 1 Abs. 3 sollen nicht nur für Arbeitnehmer/innen, sondern auch für Arbeitgeber/innen kostenlos sein. Sie sollten das ganze Gebiet der Ratifikationsstaaten und darin alle Branchen der Wirtschaft abdecken. Es verstößt nicht gegen Art. 1 Abs. 3, wenn daneben private Arbeitsvermittler/innen tätig sind.

²¹⁶ SR 235.1; vgl. zum Datenschutz im Arbeitsverhältnis die Broschüre des Eidg. Datenschutzbeauftragten «Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich, Bearbeitung durch private Personen».

²¹⁷ SEV Nr. 108 und SEV Nr. 181.

²¹⁸ Vgl. Z.B. die Concluding observations vom 12. November 2001 des Human Rights Committee (HRC; das ist das Vertragsüberwachungsorgan zum UN-Pakt II) zum schweizerischen Staatenbericht, Rn. 10; nachdem der Ausschuss zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung (CERD; das ist das Vertragsüberwachungsorgan zur Rassendiskriminierungskonvention) den Schlussbemerkungen vom 21. Mai 2002 die Schweiz um Informationen über Gesetzgebung betreffend das Verbot der Rassendiskriminierung auch im Privatsektor, namentlich im Bereich der Beschäftigung, gebeten hatte, bemängelte er nun in den im August 2008 veröffentlichten aktuellsten Schlussbemerkungen, dass die Schweiz über kein solche Gesetzgebung verfüge (vgl. NZZ vom 16./17. August 2008, S. 15).

[Rz 182] *Ergebnis*: Namentlich aufgrund der Regelungen des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih²¹⁹ erfüllt die Schweiz Art. 1 Abs. 3.

f) Beurteilung zu Art. 1 Abs. 4: Berufsberatung, Berufsausbildung und berufliche Wiedereingliederung

[Rz 183] Die Ratifikationsstaaten haben nach Art. 1 Abs. 4 die Pflicht, «eine geeignete Berufsberatung, Berufsausbildung und berufliche Wiedereingliederung sicherzustellen oder zu fördern». Art. 1 Abs. 4 überschneidet sich mit Art. 9 über das Recht auf Berufsberatung, Art. 10 über das Recht auf berufliche Bildung sowie mit gewissen Aspekten von Art. 15 über das Recht behinderter Menschen auf Eigenständigkeit, soziale Eingliederung und Teilhabe am Leben der Gemeinschaft. Jedoch sind die Verpflichtungen aus den letzteren Bestimmungen detaillierter als jene aus Art. 1 Abs. 4. Die Berufsberatung, Berufsausbildung und berufliche Wiedereingliederung sollen die Übereinstimmung von Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt befördern. Die entsprechenden Institutionen müssen in adäquatem Umfang vorhanden sein. Sie sollen für alle Personen – eingeschlossen ausländische und behinderte Personen – in gleicher Weise zugänglich sein²²⁰.

[Rz 184] *Ergebnis*: Die Schweiz erfüllt Art. 1 Abs. 4 hinsichtlich der Berufsberatung, Berufsausbildung und der beruflichen Wiedereingliederung.

8. Art. 5 ESC/revESC: Die Vereinigungsfreiheit

a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen

ARTIKEL 5 – Die Vereinigungsfreiheit

«Um die Freiheit der Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu gewährleisten oder zu fördern, örtliche, nationale oder internationale Organisationen zum Schutz ihrer wirtschaftlichen und sozialen Interessen zu bilden und diesen Organisationen beizutreten, verpflichten sich die Vertragsparteien, diese Freiheit weder durch das innerstaatliche Recht noch durch dessen Anwendung zu beeinträchtigen. Inwieweit die in diesem Artikel vorgesehenen Garantien auf die Polizei Anwendung finden, bestimmt sich nach innerstaatlichem Recht. Das Prinzip und gegebenenfalls der Umfang der Anwendung dieser Garantien auf die Mitglieder der Streitkräfte bestimmen sich gleichfalls nach innerstaatlichem Recht.»

Einschränkung von Chartarechten, Art. G revESC (beschlägt alle Chartarechte)

1. «Die in Teil I niedergelegten Rechte und Grundsätze

²¹⁹ SR 823.11.

²²⁰ Vgl. Lenia Samuel 2002, S. 36 f., ECSR, Digest of case law, S. 44.

dürfen nach ihrer Verwirklichung ebenso wie ihre in Teil II vorgesehene wirksame Ausübung anderen als den in diesen Teilen vorgesehenen Einschränkungen oder Begrenzungen nur unterliegen, wenn diese gesetzlich vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer oder zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Sicherheit des Staates, der Volksgesundheit und der Sittlichkeit notwendig sind.

2. Von den nach dieser Charta zulässigen Einschränkungen der darin niedergelegten Rechte und Verpflichtungen darf nur zu dem vorgesehenen Zweck Gebrauch gemacht werden.»

Diskriminierungsverbot in Art. E revESC (beschlägt alle Chartarechte)

«Der Genuss der in dieser Charta festgelegten Rechte muss ohne Unterscheidung insbesondere nach der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Gesundheit, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, der Geburt oder dem sonstigen Status gewährleistet sein.»

[Rz 185] **Wichtige Bearbeitungsquellen zu Art. 5:** Europarat, 2002, S. 131 ff.; Lenia Samuel, 2002, S. 103 ff.; ECSR, Digest of case law, 2006, S. 64 ff. und 205 ff.; Botschaft 1983, S. 1274 ff.; Bericht 1995, S. 740 ff.; Bericht 2002, S. 26 f.; Zusatzbericht 2004, S. 4 f. und S. 9 f.; Angelika Nussberger, 2005, S. 89.

b) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 5 überschneiden

[Rz 186] Die Vereinigungsfreiheit findet sich auch in Art. 11 EMRK, in Art. 8 UN-Pakt I und Art. 22 UN-Pakt II (dabei umfassen zumindest Art. 8 UN-Pakt I und Art. 11 EMRK²²¹ auch das Streikrecht).

[Rz 187] Die IAO-Übereinkommen Nr. 87 Übereinkommen über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes von 1948 und Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen von 1949 wurden von der Schweiz ratifiziert. Sie gehören ebenfalls zu den acht «core conventions», welche die IAO-Mitgliedstaaten auch dann binden, wenn sie diese nicht ratifiziert haben²²² (dabei fällt laut Praxis der IAO-Aufsichtsorgane auch das Streikrecht in den Schutzbereich der beiden Übereinkommen²²³).

c) Beurteilung zu Art. 5: Die Vereinigungsfreiheit

[Rz 188] Art. 5 enthält die Vereinigungsfreiheit zugunsten von Arbeitnehmer/innen und Arbeitgeber/innen, und er schreibt die positive und die negative Vereinigungsfreiheit fest (also die Freiheit, einer solchen Organisation beizutreten oder nicht beizutreten). Die Ratifikationsstaaten dürfen die Vereinigungsfreiheit von Beamten/innen nur unter den Voraussetzungen von Art. E revESC beschränken. Für Angehörige der Polizei darf allenfalls vorgesehen werden, dass sie nur einer ausschliesslichen Polizeigewerkschaft beitreten, und für Angehörige der Armee darf die Vereinigungsfreiheit sogar abgeschafft werden. Unzulässig sind Beschränkungen für Ausländer/innen hinsichtlich sämtlicher Aspekte der einfachen oder der leitenden Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft.

[Rz 189] Die Gründung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen darf nicht durch unverhältnismässige Formalitäten und Abgaben erschwert werden. Die Unabhängigkeit von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen darf nicht beschnitten werden, so darf namentlich nicht deren Recht die freie Entscheidung über Aufnahme von Mitgliedern und die freie Wahl der Funktionär/innen eingeschränkt werden. Jede Form einer zwangsweisen Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft sowie sog. closed shop-Klauseln sind unzulässig. Die Vereinigungsfreiheit umfasst nicht nur das Recht, sich zu organisieren, sondern auch das Recht, Kollektivverhandlungen zu führen (insofern überschneiden sich Art. 5 und Art. 6). Allerdings darf die Teilnahme an Beratungen und Kollektivverhandlungen repräsentativen Organisationen vorbehalten werden. Gewerkschaftsfunktionäre müssen Zugang zum betrieblichen Arbeitsort der Mitglieder haben²²⁴.

[Rz 190] Der Sozialrechtsausschuss stellte im Jahr 2004 im Falle Bulgariens fest, dass eine nationale Regelung, welche eine **Entlassung aus Gründen der Gewerkschaftszugehörigkeit** lediglich mit einem Schadenersatz von maximal sechs Monaten sanktioniert, gegen die Vereinigungsfreiheit nach Art. 5 verstösst. Demgegenüber führte der Ausschuss aus, eine angemessene und ESC-konforme Schadenersatzregelung müsste einen Ersatz in der Mindesthöhe des zwischen dem Zeitpunkt der Entlassung und der Wiedereinstellung und dem Gerichtsurteil entgangenen Lohnes vorsehen²²⁵.

[Rz 191] Die schweizerische Regelung und Praxis zu **Art. 336 OR** (Folgen einer missbräuchlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses) entspricht für den Fall der Entlassung wegen Gewerkschaftszugehörigkeit oder -aktivität der vom Ausschuss kritisierten bulgarischen Regelung.

[Rz 192] Im *Ergebnis* ist daher festzuhalten, dass die

²²¹ Vgl. Christoph Grabenwarter, 2008, S. 291.

²²² Vgl. vorne im Text bei Fn. 174. Vgl. auch Eva Maria Belser, 2007, S. 467 ff.

²²³ Vgl. International Labour Organisation (ed.), Freedom of association – Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee

of the Governing Body of the ILO. Fifth (revised) edition, 2006.

²²⁴ Für die Schweiz vgl. das BGE-Urteil vom 5. März 2003 in Sachen Z., 5P.482/2002.

²²⁵ Conclusions 2004, Bulgaria, Art. 5; bestätigt in Conclusions 2006, Bulgaria, ad Art. 5.

schweizerische Gesetzgebung insofern nicht mit Art. 5 über die Vereinigungsfreiheit übereinstimmt, als Art. 336 OR keinen zureichenden Schutz vor diskriminierender Entlassung aus Gründen der Gewerkschaftszugehörigkeit gewährt. Diesbezüglich ist allerdings anzufügen, dass bereits der IAO-Ausschuss für Gewerkschaftsrechte im Rahmen einer Klage der Gewerkschaft UNIA vom 14. Mai 2003 den Schutz, den Art. 336 OR im Falle der Entlassung wegen Gewerkschaftszugehörigkeit bietet, als ungenügend und als Verletzung von Art. 1 des von der Schweiz im Jahr 1999 ratifizierten **IAO-Übereinkommens Nr. 98** über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechts und des Rechts auf Kollektivverhandlungen bezeichnete²²⁶. Folglich ist die Schweiz bereits aus diesem Grund gehalten, den Schutz gegen Entlassung aus Gründen der Gewerkschaftszugehörigkeit oder der Gewerkschaftsaktivitäten zu verbessern (auch wenn sich die Bundesbehörden mit dieser Empfehlung schwer tun).

9. Art. 6 ESC/revESC: Das Recht auf Kollektivverhandlungen

a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen

ARTIKEL 6 – Das Recht auf Kollektivverhandlungen

«Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien:

1. gemeinsame Beratungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu fördern;
2. Verfahren für freiwillige Verhandlungen zwischen Arbeitgebern oder Arbeitgeberorganisationen einerseits und Arbeitnehmerorganisationen andererseits zu fördern, soweit dies notwendig und zweckmässig ist, mit dem Ziel, die Beschäftigungsbedingungen durch Gesamtarbeitsverträge zu regeln;
3. die Einrichtung und die Benutzung geeigneter Vermittlungs- und freiwilliger Schlichtungsverfahren zur Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten zu fördern;

und anerkennen

4. das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschliesslich des Streikrechts im Fall von Interessenkonflikten, vorbehaltlich etwaiger Verpflichtungen aus geltenden Gesamtarbeitsverträgen.»

Anhang der ESC/revESC,

Interpretationsbestimmung zu Artikel 6 Nummer 4:

«Es besteht Einverständnis darüber, dass jede Vertragspartei für sich die Ausübung des Streikrechts durch Gesetz regeln kann, vorausgesetzt, dass jede weitere Einschränkung dieses Rechts aufgrund des Artikels 31 [bzw. in der revESC neu: von Art. G, d.V.] gerechtfertigt werden kann.»

Einschränkung von Chartarechten, Art. G revESC (beschlägt alle Chartarechte)

1. «Die in Teil I niedergelegten Rechte und Grundsätze dürfen nach ihrer Verwirklichung ebenso wie ihre in Teil II vorgesehene wirksame Ausübung anderen als den in diesen Teilen vorgesehenen Einschränkungen oder Begrenzungen nur unterliegen, wenn diese gesetzlich vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer oder zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Sicherheit des Staates, der Volksgesundheit und der Sittlichkeit notwendig sind.

2. Von den nach dieser Charta zulässigen Einschränkungen der darin niedergelegten Rechte und Verpflichtungen darf nur zu dem vorgesehenen Zweck Gebrauch gemacht werden.»

Diskriminierungsverbot in Art. E revESC (beschlägt alle Chartarechte)

«Der Genuss der in dieser Charta festgelegten Rechte muss ohne Unterscheidung insbesondere nach der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Gesundheit, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, der Geburt oder dem sonstigen Status gewährleistet sein.»

[Rz 193] **Wichtige Bearbeitungsquellen zu Art. 6:** Europarat, 2002, S. 135 ff.; Lenia Samuel, 2002, S. 135 ff.; ECSR, Digest of case law, 2006, S. 68 ff. und 207 ff.; Botschaft 1983, S. 1279 ff.; Bericht 1995, S. 742 ff.; Stellungnahme 1996, S. 1272 f.; Bericht 2002, S. 28 ff.; Zusatzbericht 2004, S. 5; Erika Kovacs, 2005.

b) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 6 überschneiden

[Rz 194] Da das Recht auf Kollektivverhandlungen (internationalrechtlich regelmässig) als Teil der Vereinigungsfreiheit betrachtet wird, kann hier auf die Ausführungen zu Beginn des vorherigen Abschnittes über die Vereinigungsfreiheit verwiesen werden²²⁷.

²²⁶ Vgl. den Rapport Nr. 335 des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit, Fall Nr. 2265.

²²⁷ Vgl. vorne im Text bei Fn. 221.

c) Beurteilung zu Art. 6: Das Recht auf Kollektivverhandlungen

[Rz 195] Art. 6 Abs. 1 verpflichtet die Mitgliedstaaten, **gemeinsame Beratungen** zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden auf gleicher Augenhöhe über Themen von gemeinsamem Interesse zu fördern, wenn solche Beratungen nicht bereits im öffentlichen und privaten Sektor auf nationaler, regionaler und betrieblicher Ebene vorhanden sind. Gegenstand dieser Beratungen sind namentlich Produktivität, Effizienz, Gesundheit, Sicherheit am Arbeitsplatz, Arbeitsbedingungen, Berufsbildung, soziale Sicherheit und soziale Wohlfahrt usw.

[Rz 196] Nach Art. 6 Abs. 2 muss die nationale Gesetzgebung das Recht der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände auf kollektive Verhandlungen und auf den Abschluss von kollektiven Vereinbarungen anerkennen. Diese **kollektiven Verhandlungen müssen freiwillig** sein. Mit andern Worten ist die staatliche, zwangsweise Anordnung von Schlichtungsverfahren ohne Einverständnis der Parteien unzulässig, sofern nicht ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 31 ESC bzw. Art. E revESC besteht.

[Rz 197] Art. 6 Abs. 3 schreibt vor, dass die Ratifikationsstaaten **Vermittlungs- und Schlichtungsverfahren** zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden fördern. Diese Verfahren können in Gesetz, Gesamtarbeitsvertrag oder betrieblicher Praxis festgelegt sein und betreffen den Abschluss von kollektiven Vereinbarungen über die Arbeitsbeziehungen, nicht etwa Rechtsstreitigkeiten über die Auslegung abgeschlossener Vereinbarungen. Die Verfahren müssen so eingerichtet sein, dass sie die Freiwilligkeit von Vereinbarungen und deren Inhalt respektieren.

[Rz 198] Art. 6 Abs. 4 gewährt das Recht auf Ergreifen kollektiver Massnahmen wie namentlich des Streiks, praxismässig aber auch die **Aussperrung**. Bereits dem Gesetzeswortlaut ist zu entnehmen, dass durch einen Streik keine vereinbarten Friedenspflichten verletzt werden dürfen. Es besteht eine reichhaltige Spruchpraxis zu Fragen der zulässigen **Voraussetzungen, Ziele und Folgen des Streikrechts**. Diesbezüglich verweist die im Anhang zur Charta enthaltene Auslegungsbestimmung zu Art. 6 Abs. 4 ausdrücklich auf Art. 31ESC/Art. E revESC über die rechtsstaatlich erforderlichen Gründe und Voraussetzungen für die Beschränkung der Chartarechte. Der Ausschuss nimmt bei der Auslegung von Art. 6 Abs. 4 sehr häufig Bezug auf diese Bestimmung.

[Rz 199] Nach Ausschusspraxis darf das Recht, einen Streik auszurufen, organisierten Gewerkschaften vorbehalten werden, sofern es nicht auf besonders repräsentative Gewerkschaften beschränkt wird und Gewerkschaften ohne besondere oder übermässige und zeitintensive Formalitäten (beispielsweise in der Form eines blossen Vereins) gegründet werden können. Das Streikrecht von Beamt/innen darf nur unter strikter Berücksichtigung von Art. E revESC

eingeschränkt werden: eine Einschränkung kann beispielsweise zulässig sein, wenn Staatsangestellte in essentiellen oder lebensnotwendigen öffentlichen Diensten arbeiten. An einem Streik dürfen sich auch Arbeitnehmer/innen beteiligen, welche nicht Mitglieder der ausrufenden Gewerkschaft sind. Das Gesetz kann das Erfordernis der Zustimmung einer bestimmten, aber nicht einer exzessiv hohen Prozentzahl der Arbeitnehmer/innen zum Streik vorsehen. Auch die Erfordernisse, vor Beginn des Streiks die Vermittlungs- und Schlichtungsverfahren auszuschöpfen und allenfalls eine sog. cooling off-Periode zurückzulegen, sind zulässig, falls diese Prozedere nicht überlang dauern und damit der Kollektivmassnahme ihre Schlagkraft nehmen.

[Rz 200] Weiter darf das nationale Recht die Teilnahme eines Arbeitnehmers oder einer Arbeitnehmerin an einem Streik nicht als Verletzung der arbeitsvertraglichen Verpflichtungen qualifizieren. Es muss eine Entlassung während der Teilnahme verboten. In diesem Zusammenhang ist unseres Erachtens auch die Schlussfolgerung des Sozialrechtsausschuss im Jahr 2004 im Falle Dänemarks zu sehen. Dessen Recht kennt eine automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Streik, ohne danach eine Wiedereinstellung anzuordnen. Der Ausschuss betrachtete dies als Verstoss gegen Art. 6 Abs. 4²²⁸. Hingegen stellt nach Abschluss des Streiks und nach Ende der streikbedingten Suspension des Arbeitsvertrages unter Weitergeltung der erworbenen Rechte wie Pensionsansprüche, Ferienansprüche usw. eine formelle Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber keinen Verstoss gegen Art. 6 Abs. 4 dar. Hier scheint die Ausschusspraxis inkonsistent, insofern sie während des Streiks eine Entlassung ausschliesst, jedoch nicht klar festhält, dass eine spätere Entlassung *wegen* der Teilnahme am Streik unzulässig ist²²⁹.

[Rz 201] Während Art. 6 Abs. 1 bis 3 keine Probleme bereiten, stand für die Schweiz lange die Frage der Kompatibilität des Landesrechts mit Art. 6 Abs. 4 im Vordergrund. Die Befürchtung, über eine Annahme von Art. 6 Abs. 4 in der Schweiz das Streikrecht anzuerkennen, trug wesentlich zur Ablehnung der Ratifikation durch die Eidgenössischen Räte in den Jahren 1984/1987 bei. Nach Übernahme verschiedener völkerrechtlicher Verpflichtungen betreffend das Streikrecht (Art. 11 EMRK, IAO-Übereinkommen Nr. 87, Art. 8 UN-Pakt I, Art. 22 UN-Pakt II), nach Anerkennung eines ungeschriebenen Streikrechts der Bundesverfassung durch das Bundesgericht im Jahr 1999²³⁰ und nach der Festschreibung des Streikrechts in Art. 28 der neuen Bundesverfassung (in Kraft getreten am 1. Januar 2000) ist die Frage der Kompatibilität laut einem Gutachten, das Professor Pascal Mahon, Neuen-

²²⁸ Conclusions XVII-1, Dänemark, ad Art. 6 Abs. 4; vgl. dazu den Zusatzbericht 2004, S. 5.

²²⁹ Vgl. Erika Kovacs, 2005, S. 471 f.

²³⁰ BGE 125 III 277.

burg, im Jahr 2000 zu Händen der SGK-NR erstellte, grundsätzlich gelöst.

[Rz 202] Immerhin stellt sich meines Erachtens die Frage, ob die schweizerische Regelung betreffend Entlassung wegen Teilnahme an einem rechtmässigen Streik – praxisgemäss ist eine solche Entlassung missbräuchlich, wofür das Gesetz die Rechtsfolge eines Schadenersatzes in der maximalen Höhe von sechs Monatslöhnen, nicht aber der Nichtigkeit der Kündigung vorsieht²³¹ – während der Dauer des Streiks dem Verbot der Entlassung wegen der Teilnahme genügt.

[Rz 203] Im *Ergebnis* steht das schweizerische Recht grundsätzlich in Einklang mit Art. 6. Immerhin bleibt die Frage nach der Kompatibilität des schweizerischen Schutz gegen eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen der Teilnahme am Streiks jedenfalls während der Streikdauer offen²³².

10. Art. 19 ESC/revESC: Das Recht der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Beistand

a) Wortlaut und wichtigste Bearbeitungsquellen

ARTIKEL 19 – Das Recht der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Beistand

«Um die wirksame Ausübung des Rechts der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Beistand im Hoheitsgebiet jeder anderen Vertragspartei zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien:

1. geeignete Stellen zu unterhalten oder sich zu vergewissern, daß solche Stellen bestehen, die diese Arbeitnehmer unentgeltlich betreuen, insbesondere durch Erteilung genauer Auskünfte, sowie im Rahmen des innerstaatlichen Rechts geeignete Maßnahmen gegen irreführende Werbung zur Auswanderung und Einwanderung zu treffen;
2. in den Grenzen ihrer Zuständigkeit geeignete Maßnahmen zur Erleichterung der Abreise, der Reise und der Aufnahme dieser Arbeitnehmer und ihrer Familien zu treffen und ihnen in den Grenzen ihrer Zuständigkeit während der Reise notwendige Gesundheitsdienste, ärztliche Betreuung und gute hygienische Bedingungen zu verschaffen;
3. soweit erforderlich, die Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen und privaten sozialen Diensten der Auswanderungs- und der Einwanderungsländer zu fördern;
4. sicherzustellen, daß diese Arbeitnehmer, soweit sie sich rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet befinden, nicht weniger günstig behandelt werden als ihre eigenen

Staatsangehörigen in Bezug auf die folgenden Gegenstände, soweit diese durch Rechtsvorschriften geregelt oder der Überwachung durch die Verwaltungsbehörden unterstellt sind: (a) das Arbeitsentgelt und andere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, (b) den Beitritt zu gewerkschaftlichen Organisationen und den Genuß der durch Gesamtarbeitsverträge gebotenen Vorteile, (c) die Unterkunft;

5. sicherzustellen, daß diese Arbeitnehmer, soweit sie sich rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet befinden, nicht weniger günstig behandelt werden als ihre eigenen Staatsangehörigen in Bezug auf die Steuern, Abgaben und Beiträge, die für den Arbeitnehmer aufgrund der Beschäftigung zu zahlen sind;

6. soweit möglich, die Zusammenführung eines zur Niederlassung im Hoheitsgebiet berechtigten Wanderarbeitnehmers mit seiner Familie zu erleichtern;

7. sicherzustellen, daß diese Arbeitnehmer, soweit sie sich rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet befinden, nicht weniger günstig behandelt werden als ihre eigenen Staatsangehörigen in Bezug auf die Möglichkeit, hinsichtlich der in diesem Artikel behandelten Angelegenheiten den Rechtsweg zu beschreiten;

8. sicherzustellen, daß diese Arbeitnehmer, soweit sie in ihrem Hoheitsgebiet ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt haben, nur ausgewiesen werden können, wenn sie die Sicherheit des Staates gefährden oder gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die Sittlichkeit verstoßen;

9. innerhalb der gesetzlichen Grenzen die Überweisung der Teile des Verdienstes und der Ersparnisse zuzulassen, die diese Arbeitnehmer zu überweisen wünschen;

10. den in diesem Artikel vorgesehenen Schutz und Beistand auf die aus- oder einwandernden selbständig Erwerbstätigen zu erstrecken, soweit solche Maßnahmen auf diesen Personenkreis anwendbar sind;

11. für Wanderarbeitnehmer und ihre Familienangehörigen den Unterricht zum Erlernen der oder, sollte es mehrere geben, einer Landessprache des AufnahmeStaats zu fördern und zu erleichtern;

12. soweit durchführbar, den Unterricht zum Erlernen der Muttersprache des Wanderarbeitnehmers für dessen Kinder zu fördern und zu erleichtern»

Anhang der revESC, Interpretationsbestimmung zu Artikel 19 Nummer 6

(Änderung im Verhältnis zum Anhang der ESC):

«Für die Zwecke der Anwendung dieser Bestimmung ist unter dem Ausdruck «Wanderarbeitnehmer mit seiner Familie» zumindest der Ehegatte des Arbeitnehmers und seine unverheirateten Kinder zu verstehen,

²³¹ Vgl. Wolfgang Portmann/Jean-Fritz Stöckli, 2004, S. 20, BGE 125 III 285.

²³² Vgl. dazu vorne im Text bei Fn. 226.

solange diese nach den einschlägigen Rechtsvorschriften des Aufnahmestaats als Minderjährige gelten und der Arbeitnehmer für sie unterhaltspflichtig ist.»

Änderungen in Art. 19 revESC im Verhältnis zu Art. 19 ESC

«Im Anhang zu Artikel 19 Abs. 6 wurde die Definition der «Familie des Wanderarbeitnehmers» geändert.

Erstens erfasst diese Bestimmung nicht mehr nur die Ehefrau des Arbeitnehmers, sondern den Ehepartner des Arbeitnehmers, ob männlich oder weiblich. Zweitens sind die Kinder, die zur Familienzusammenführung zugelassen sind, nicht länger nur unterhaltsberechtigter Kinder unter 21 Jahren, sondern unverheiratete unterhaltsberechtigter Kinder, so lange sie im Gastland als minderjährig gelten.

Zwei neue Absätze wurden zu Artikel 19 hinzugefügt: Absatz 11, der auf die Förderung und Erleichterung des Unterrichts der Nationalsprache des Aufnahmestaates für Wanderarbeitnehmer und Mitglieder ihrer Familien gerichtet ist, und Absatz 12, der die gleichen Regelungen trifft in Bezug auf den Unterricht in der Muttersprache des Wanderarbeitnehmers für dessen Kinder.»²³³

Anhang Ziffer 1, Persönlicher Anwendungsbereich

«Vorbehaltlich des Artikels 12 Nummer 4 und des Artikels 13 Nummer 4 schließt der durch die Artikel 1 bis 17 und 20 bis 31 erfaßte Personenkreis Ausländer nur insoweit ein, als sie Staatsangehörige anderer Vertragsparteien sind *und ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei haben oder dort ordnungsgemäß beschäftigt sind*, mit der Maßgabe, daß die genannten Artikel im Sinne der Artikel 18 und 19 auszulegen sind.» (Hervorhebung durch die Verfasser)

[Rz 204] **Wichtige Bearbeitungsquellen zu Art. 19:** Europarat, 2002, S. 189 ff.; Lenia Samuel, 2002, S. 401 ff.; ECSR, Digest of case law, 2006, S. 126 ff. und 271 ff.; Botschaft 1983, S. 305 ff.; Bericht 1995, S. 763 ff.; Bericht 2002, S. 51 ff. und S. 111 f.; Zusatzbericht 2004, S. 8; Xenia Neubeck, 2002, S. 273 ff., Ryszard Cholewinski, 1997, S. 227 ff.

b) Bestimmungen in andern völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz, welche sich inhaltlich mit Art. 19 überschneiden

[Rz 205] Im Internationalen Kontext existiert eine eigentliche UN-Konvention über den Schutz der Rechte der Wanderarbeitnehmer/innen und ihrer Familien von 2003. Sie wurde bislang allerdings von keinem Staat unterzeichnet oder ratifiziert, welcher gegenwärtig als Einwanderungsland zu qualifizieren wäre. Die IAO verfügt über das IAO-Übereinkommen

Nr. 97 über Wanderarbeitnehmer von 1949 und das Übereinkommen Nr. 143 über Missbräuche bei Wanderungen und die Förderung der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Wanderarbeitnehmer/innen von 1975. Insbesondere das Übereinkommen Nr. 143 weist einen bescheidenen Erfolg auf. Die Schweiz hat beide Übereinkommen nicht ratifiziert.

[Rz 206] Indessen existieren in verschiedenen andern Menschenrechtsverträgen einzelne Bestimmungen, welche Ausländer/innen und Arbeitsmigrant/innen punktuellen Schutz bieten.

[Rz 207] So gewährt Art. 8 EMRK über das Recht auf Achtung des Familienlebens einen gewissen Schutz im ausländerrechtlichen Bereich. Art. 10 KRK enthält eine vorteilhafte Bestimmung über die Einreise von Kindern zwecks Familienzusammenführung; bezüglich dieser Bestimmung hat die Schweiz allerdings einen Vorbehalt angebracht. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass das Europäische Fürsorgeübereinkommen von 1953 die Repatriierung aus Gründen der Fürsorgeabhängigkeit beschränkt; die Schweiz hat dieses Abkommen nicht ratifiziert.

[Rz 208] **Wichtig ist indes der Hinweis, dass zahlreiche Menschenrechtsverträge (UN-Pakt I, UN-Pakt II, EMRK) Regelungen enthalten**, welche die Ausländerdiskriminierung im Bereich der jeweiligen Paktrechte verbieten. Dies betrifft unter anderem die soziale Sicherheit²³⁴ und im Fall von UN-Pakt I auch das Recht auf Wohnung.

c) Beurteilung zu Art. 19: Das Recht der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Beistand

[Rz 209] Bereits im Bericht vom 17. November 1995 zu Händen des Nationalrates ging die SGK-NR davon aus, dass die Schweiz die umfangreiche Bestimmung von Art. 19 über die Rechte der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien nicht vollumfänglich würde ratifizieren können²³⁵. Dasselbe bestätigte der Bericht 2002²³⁶. Denn die schweizerische Gesetzgebung steht zwar mit einer Mehrheit der Absätze von Art. 19 in Einklang. Jedoch bereiteten mehrere Absätze von Art. 19 bei einer Annahme angesichts der gegenwärtigen Gesetzeslage (und mithin auch unter dem neuen Ausländergesetz, AuG) Schwierigkeiten. Sie werden nachfolgend näher vorgestellt.

[Rz 210] Vorab ist auf **den persönlichen Anwendungsbereich** von Art. 19 hinzuweisen. Nur ESC-Wanderarbeitnehmer/innen und anerkannte Flüchtlinge **mit rechtmässigem gewöhnlichem Aufenthalt und/oder ordnungsgemässer Beschäftigung** werden von den einzelnen Bestimmungen des Art. 19 begünstigt²³⁷.

²³³ Europarat, 2002, S. 15.

²³⁴ Dazu eingehend vorne im Text bei Fn. 64.

²³⁵ BBl 1996 II 807, AB 1996 N 1731.

²³⁶ Bericht 2002, S. 51 ff. und S. 111 f.

²³⁷ Vgl. dazu vorne im Text bei Fn. 53.

[Rz 211] Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die rechtliche Situation der **EU/EFTA-Arbeitsmigrant/innen** in der Schweiz aufgrund des Personenfreizügigkeitsabkommens, genauer des darin enthaltenen vorteilhaften Ausländerrechts und des streng gehandhabten Verbots der direkten und indirekten Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, mit den Erfordernissen von Art. 19 übereinstimmt. Eine geringfügige Ausnahme besteht allenfalls dort, wo die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung B EU/EFTA zwecks Erwerbstätigkeit bei ihren ersten Ablauf nach fünf Jahren auf minimal ein Jahr beschränkt werden kann, wenn der Antragsteller oder die Antragstellerin im Zeitpunkt des Ablaufs seit mehr als einem Jahr arbeitslos ist²³⁸. Die Regelungen des FTA/EFTA-Übereinkommens betreffen die Angehörigen von aktuell 28 und möglicherweise in Bälde (d.h. im Falle der Ausdehnung auf Rumänien und Bulgarien) von 30 EU/EFTA-Staaten.

[Rz 212] Art. 19 Abs. 4 verpflichtet die Aufnahmestaaten zur **Gleichbehandlung von ESC-Wanderarbeitnehmer/innen** mit den eigenen Staatsbürger/innen in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, Gewerkschaftszugehörigkeit und Wohnung. Nach Ausschusspraxis umfasst die Gleichbehandlung bei den Arbeitsbedingungen unter anderem die **volle geographische und berufliche Mobilität der ESC-Ausländer/innen** im Aufnahmestaat und die Gleichbehandlung bei der Unterkunft unter anderem den **gleichen Zugang zu öffentlich subventionierten Wohnungen**, ohne dass die Aufnahmestaaten das eine oder das andere davon abhängig machen dürfen, dass die ESC-Ausländer/innen vorgängig des Antrags eine bestimmte Wohndauer im Inland zurückgelegt haben. In der Schweiz verbesserte zwar das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) die Möglichkeit zur beruflichen und geographischen Mobilität ganz wesentlich²³⁹, hingegen dürften der Gleichbehandlung im Bereich des Wohnens weiterhin zahlreiche kantonale Regelungen betreffend die Zuteilung von Wohnungen entgegenstehen²⁴⁰.

[Rz 213] Art. 19 Abs. 6 über das **Familiennachzugsrecht** wird durch eine Definition des Begriffs der Familienangehörigen ergänzt, welche sich in einer Interpretationsbestimmung im Chartaanhang findet. Die Definition des Begriffs der Familienangehörigen wurde in der revESC im Verhältnis zur ESC neu gefasst. Während die entsprechende Bestimmung in der ESC von 1961 das Recht auf Familiennachzug den bis 21-jährigen unterhaltsberechtigten und nicht verheirateten Kindern verlieh²⁴¹, legt nun die revESC die **Altersgrenze der nachzugsberechtigten Kinder** anhand des Volljährigkeitsalters des Aufnahmestaates fest. Überdies kommt nun das Familiennachzugsrecht nicht nur der Ehefrau des Arbeitnehmers, sondern auch dem Ehemann der Arbeitnehmerin zu.

Wanderarbeitnehmer/innen sind laut Ausschusspraxis berechtigt, das **Nachzugsrecht nach einem Jahr Aufenthalt** im Gaststaat auszuüben. Das **Nachzugsrecht darf nicht von der Fürsorgeunabhängigkeit der Familie abhängig** gemacht werden²⁴². Hingegen darf in schweren Fällen einem Familienangehörigen das Nachzugsrecht aus Gründen der öffentlichen Gesundheit verweigert werden. Nach ihrer Wohnsitznahme im Aufenthaltsstaat haben die Familienangehörigen ein **von der Stellung des Wanderarbeitnehmers unabhängiges Aufenthaltsrecht**. Die Bestimmungen des neuen AuG zum Familiennachzugsrecht von Ausländer/innen stimmen in mehrfacher Hinsicht nicht mit diesen Erfordernissen überein.

[Rz 214] Art. 19 Abs. 8 beschränkt das Recht der Ratifikationsstaaten zur **Ausweisung** von ESC-Wanderarbeitnehmer/innen auf Gründe der Sicherheit des Staates und der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Sittlichkeit. Der Ausschuss für soziale Rechte legt diese Gründe eng aus. Danach stellt namentlich die **Fürsorgeabhängigkeit des Wanderarbeitnehmers und seiner Familie keinen Ausweisungsgrund** dar. Wie bereits darauf hingewiesen wurde, stellt gemäss Art. 62 f. AuG eine anhaltende und schwere Sozialhilfeabhängigkeit einen Ausweisungsgrund dar, auch wenn die Praxis hier teilweise zurückhaltend ist²⁴³.

[Rz 215] Im *Ergebnis* steht damit fest, dass das schweizerische Landesrecht bloss mit Art. 19 Abs. 1, 2, 3, 5, 7, 10, 11 und 12 übereinstimmt, hingegen Art. 19 Abs. 4 (Gleichbehandlung von ESC-Arbeitsmigrant/innen insbesondere im Bereich des Wohnens), Art. 6 (Familiennachzugsrecht) und Art. 8 (Schutz vor Ausweisung) widerspricht.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse und Bewertung – samt einigen Anmerkungen zur Praxis des Sozialrechtsausschusses

1. Nochmals zur Kompatibilität des schweizerischen Rechts mit allen Normen der ESC/revESC (innerhalb und ausserhalb der Kernartikel)

[Rz 216] Wie eingangs bereits erwähnt, bedeutet die Ratifikation der ESC/revESC nicht, dass der ratifizierende Staat sämtliche Normen dieses Vertragswerkes für sich als bindend anerkennen muss. Vielmehr kann er die Bindung mittels ausdrücklicher Bezeichnung auf eine bestimmte Anzahl von Normen der ESC/revESC beschränken (sog. **à la carte-Lösung**). Er muss bei der Ratifikation der ESC von 1961 fünf

²³⁸ Vgl. Art. 6 Anhang I FZA.

²³⁹ Vgl. Art. 38 f. AuG.

²⁴⁰ Vgl. Bericht 2002, S. 54 ff.

²⁴¹ Diese Altersgrenze musste zumindest faktisch eingehalten werden; vgl. Xenia Neubeck, 2002, S. 277.

²⁴² Vgl. Zusatzbericht 2004, S. 8 mit Hinweisen.

²⁴³ Bericht 2002, S. 44 f.

von sieben der sog. Kernartikel der ESC für sich als bindend anerkennen und überdies so viele weitere Artikel oder nummerierte Absätze auswählen, dass sich für ihn insgesamt 10 bindende Artikel oder 45 bindende nummerierte Absätze ergeben. Und bei der Ratifizierung der revESC von 1996 muss ein Staat sechs von neun der sog. Kernbestimmungen der revESC sowie weitere ganze Artikel oder auch nummerierte Absätze wählen, so dass für ihn zusammen mit den akzeptierten Kernartikeln 16 ganze Artikel oder 63 nummerierte Absätze der revESC gelten.

[Rz 217] Die vorliegende Analyse konzentrierte sich auf die Prüfung der Kompatibilität des schweizerischen Rechts mit den sog. Kernbestimmungen der ESC bzw. der revESC. Diese Fokussierung erfolgte, weil nie Zweifel darüber bestanden, dass die Schweiz ohne Probleme die erforderliche Gesamtzahl von 45 bindenden Absätzen der ESC bzw. 63 bindenden Absätzen der revESC würde anerkennen können, sondern bloss Zweifel, ob sich das gegenwärtige schweizerische Recht mit der erforderlichen Anzahl von Kernbestimmungen der ESC/revESC in Übereinstimmung befindet. Bevor die Ergebnisse hinsichtlich der Kernartikel der ESC/revESC zusammenfassend dargestellt werden, soll hier der Vollständigkeit halber nochmals auf die Situation hinsichtlich der Kompatibilität des schweizerischen Rechts mit den Gesamtbestimmungen der ESC/revESC hingewiesen werden, welche die Bundesverwaltung vor einigen Jahren darstellte und deren Plausibilität eine kursorische Prüfung im Rahmen unserer Untersuchung bestätigte.

[Rz 218] Die Bundesverwaltung kam (im Bericht 2002, mit gewissen Ergänzungen aus dem Zusatzbericht 2004) zum Schluss,

- dass die Schweiz bei der ESC von 1961 4 ganze Kernartikel (von 7 ganzen Kernartikeln) und 23 nummerierte Absätze aus diesen 7 Kernartikeln (von 28 nummerierten Absätzen aus diesen 7 Kernartikeln)²⁴⁴ sowie – bezogen auf alle Chartabestimmungen – **insgesamt 10 ganze Artikel (von 19 ganzen Artikeln der ESC [innerhalb und ausserhalb des harten Kerns]) und 55 nummerierte Absätze (von 72 nummerierten Absätzen der ganzen ESC [innerhalb und ausserhalb des harten Kerns])**²⁴⁵ annehmen könne,
- dass weiter die Schweiz bei der revESC von 1996 5 ganze Kernartikel (von 9 Kernartikeln der revESC) und 33 nummerierte Absätze aus diesen 9 Kernartikeln (von insgesamt 41 nummerierten Absätzen aus diesen 9 Kernartikeln)²⁴⁶ sowie – bezogen auf alle Normen der revidierten Charta – **insgesamt 17 ganze Artikel (von 31 ganzen Artikeln der revESC**

[innerhalb und ausserhalb des harten Kerns]) und 73 nummerierte Absätze (von 98 nummerierten Absätzen der ganzen revESC)²⁴⁷ annehmen könne.

2. Die Ergebnisse zu den einzelnen Kernartikeln

a) Art. 12 ESC/revESC: Das Recht auf soziale Sicherheit

[Rz 219]²⁴⁸ Art. 12 Abs. 1 verlangt oder garantiert die **Existenz eines Systems der sozialen Sicherheit**. Der Sozialrechtsausschuss ist in den letzten Jahren dazu übergegangen, das Fehlen einzelner der neun klassischen Sozialversicherungszweige wie Alter, Tod, Invalidität, Arbeitslosigkeit, Sach- und Geldleistungen bei Krankheit, Berufsunfall und Berufskrankheit, Arbeitslosenentschädigung, Familienleistungen als Verfehlen des Zieles der Existenz eines Systems der sozialen Sicherheit zu qualifizieren. Daher müsste die Schweiz bei Annahme von Art. 12 Abs. 1 allenfalls Probleme wegen der fehlenden obligatorischen Krankentaggeldversicherung gegenwärtigen. Zudem sollten die Zumutbarkeitskriterien für die Teilnahme an Beschäftigungsprogrammen und –trainings, wie sie in Art. 64a in Verbindung mit 16 AVIG und in Art. 7a IVG (in der seit 1. Januar 2008 geltenden Fassung) vorgesehen sind²⁴⁹, dahin geändert werden, dass darin die bisherige Berufserfahrung und die Fähigkeiten der betroffenen Personen in angemessener Weise berücksichtigt werden müssen.

[Rz 220]²⁵⁰ Art. 12 Abs. 2 verlangt das Instandhalten des Systems der sozialen Sicherheit auf einem **Niveau, das zumindest demjenigen des IAO-Übereinkommens Nr. 102 oder der Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit (EOSS) entspricht**. Diese Bestimmung schafft bei einer Annahme keine Probleme für die Schweiz, da diese das Übereinkommen Nr. 102 und die EOSS ratifiziert hat und auch einhält.

[Rz 221]²⁵¹ Der Sozialrechtsausschuss interpretiert die sog. **Fortschrittsklausel** in Art. 12 Abs. 3 dahingehend, dass sozialversicherungsrechtliche Abbaumassnahmen keinen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 3 darstellen, wenn sie dem Ziel der finanziellen Konsolidierung des Systems dienen und die Bedingungen der Solidarität insbesondere mit schwächeren Gruppen der Gesellschaft weiterhin erfüllen sowie den So-

²⁴⁴ Vgl. Bericht 2002, S. 60, und insbesondere Zusatzbericht 2004, S. 9.

²⁴⁵ Vgl. Bericht 2002, S. 104, unter Berücksichtigung des Zusatzberichts 2004, S. 9.

²⁴⁶ Vgl. Bericht 2002, S. 115, und insbesondere Zusatzbericht 2004, S. 11.

²⁴⁷ Vgl. Bericht 2002, S. 163, unter Berücksichtigung des Zusatzberichts 2004, S. 11.

²⁴⁸ Vgl. vorne in Rz 67.

²⁴⁹ Nach diesen Bestimmungen können Arbeitslose oder von Invalidität bedrohte Personen auch zur Teilnahme an einem Beschäftigungstraining verpflichtet werden, ohne dass dabei ihre bisherige Berufserfahrung oder ihre beruflichen Fähigkeiten berücksichtigt werden müssen.

²⁵⁰ Vgl. vorne in Rz 72.

²⁵¹ Vgl. vorne in Rz 80.

zialstaat nicht auf den Fürsorgestaat reduzieren. Daher ist in Übereinstimmung mit dem Bericht 2002 und dem Zusatzbericht 2004 davon auszugehen, dass die Schweiz bei einer Annahme von Art. 12 Abs. 3 voraussichtlich keine negativen Schlussfolgerungen zu gegenwärtigen hat. Eine Ausnahme wäre allerdings dann gegeben, wenn in weiteren Zweigen – aber in welchen? – die gleiche Zumutbarkeitsregelung bei Annahme eines Beschäftigungsplatzes oder -trainings wie in Art. 64a in Verbindung mit Art. 16 AVIG sowie in Art. 7a IVG (in der seit 1. Januar 2008 geltenden Fassung) eingeführt würden.

[Rz 222]²⁵² Die Schweiz erfüllt die Erfordernisse von Art. 12 Abs. 4 über die **Gleichbehandlungen von ESC-Ausländer/innen und den Rentenexport** gegenüber den Bürger/innen von 28 ESC-Staaten (demnächst vielleicht sogar von 30 ESC-Staaten) aufgrund des Abschlusses FZA/EFTA-Übereinkommens bereits heute vollumfänglich (nämlich gegenüber den Bürger/innen der EU- und EFTA-Staaten). Gegenüber vier weiteren Staaten (Türkei, Bosnien und Herzegovina, Kroatien und Mazedonien) erfüllt sie diese Bedingungen aufgrund der zweiseitigen Abkommen weitgehend. Hinsichtlich der übrigen fünf ESC-Ratifikationsstaaten würden zumindest einseitige Massnahmen notwendig. *Inhaltlich* fallen dabei am meisten die Rentenexportfrage im Bereich der AHV/IV²⁵³ sowie – gegebenenfalls – die Frage der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten in der Arbeitslosenversicherung ins Gewicht²⁵⁴. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass für ausschliesslich steuerfinanzierte Leistungen eine Wohndauer vorgängig des Leistungsbezugs von bis zu zwölf Monaten zulässig ist und dass Kinderzulagen für im Ausland wohnhafte Kinder nicht exportiert werden müssen, jedoch der Sozialrechtsausschuss den Abschluss von zweiseitigen Abkommen zwecks Export von zumindest lebensstandardabgestuften Kinderzulagen mit solchen Ländern fordert, die den Export von Kinderzulagen zulassen. Das schweizerische Recht steht demnach gegenwärtig nicht vollumfänglich in Einklang mit Art. 12 Abs. 4.

²⁵² Vgl. vorne in Rz 92 (und Rz 82).

²⁵³ Bei der Berechnung der zusätzlichen finanziellen Belastung ist zu berücksichtigen, dass die Schweiz bereits heute Ausländer/innen, welche die Schweiz definitiv verlassen, die AHV-Beiträge (ohne Zinsen) zurückerstattet; vgl. dazu vorne im Text bei Fn. 118.

²⁵⁴ U.E. handelt es sich bei der Forderung der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten in der Arbeitslosenversicherung zwecks Leistungsgewährung durch den Staat der letzten Beschäftigung angesichts der relativ kurzen für die Entstehung des Leistungsanspruchs erforderlichen Beschäftigungszeiten um eine eher unrealistische Maximalforderung. Sie entspricht zwar der von der EASS gewählten Technik. Jedoch würde eine Technik, welche zuletzt im Gastland zurückgelegte unterjährige Beitragszeiten derart berücksichtigte, dass diese im Herkunftsstaat zwecks Ausrichtung der Arbeitslosentschädigung des Herkunftsstaates an zuvor dort bereits zurückgelegte Beschäftigungszeiten hinzugerechnet würden, dem Anliegen der Vermeidung von Versicherungslücken ebenfalls vollständig Rechnung tragen.

b) Art. 13 ESC/revESC: Das Recht auf Fürsorge

[Rz 223]²⁵⁵ Art. 13 Abs. 1 über das **Recht Bedürftiger auf soziale Fürsorge** (soziale und medizinische Hilfe) begünstigt neben den eigenen Staatsbürger/innen auch solche ESC-Ausländer/innen und anerkannte Flüchtlinge, die ihren rechtmässigen gewöhnlichen Aufenthalt auf dem Gebiet eines Ratifikationsstaates haben und/oder dort ordnungsgemäss eine Beschäftigung ausüben. Die Schweiz erfüllt Art. 13 Abs. 1 aufgrund mehrerer Punkte nicht: Einmal gilt eine um 20% tieferen Sozialhilfe für vorläufig Aufgenommene²⁵⁶; weiter aufgrund der Möglichkeit des *vollständigen* Entzugs der Sozialhilfe bei Verweigerung der Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm (einerlei, ob die betreffende Person eine «zumutbare» oder eine «unzumutbare» Arbeit zurückgewiesen hat); und schliesslich aufgrund der im Ausländerrecht grundsätzlich vorgesehenen Möglichkeit, Ausländer/innen mit Aufenthaltsbewilligung und Niederlassungsbewilligung wegen schwerer und fortdauernder Sozialhilfeabhängigkeit auszuweisen (im Gegensatz zum Entzug ist laut case law immerhin eine Nichtverlängerung der abgelaufenen Aufenthaltsbewilligung und Repatriierung in den Herkunftsstaat zulässig, was die Schweiz in der Regel bei Jahresaufenthalter/innen macht). Weil weiter die Abgrenzung zwischen sozialer Sicherheit und Sozialhilfe nicht eindeutig ist, könnten allenfalls gewisse steuerfinanzierte Existenzminimumleistungen wie beispielsweise solche für Arbeitslose, Behinderte oder Familien als «Sozialhilfe» im Sinne von Art. 13 qualifiziert werden: In diesem Fall scheinen Anspruchsvoraussetzungen des Zurücklegens einer gewissen Wohndauer vor Leistungsbezug kaum mit der Spruchpraxis zu Art. 13 Abs. 1 vereinbar (allerdings besteht hier *ein zu kritisierender Widerspruch zu Art. 12*, in dessen Anwendungsbereich der Ausschuss aufgrund einer Interpretationserklärung im Anhang zur ESC/revESC bei steuerfinanzierten Leistungen der sozialen Sicherheit das Erfordernis jedenfalls einer zwölfmonatigen inländischen Wohndauer vor Leistungsbezug akzeptiert²⁵⁷). Immerhin ist anzumerken,

²⁵⁵ Vgl. vorne in Rz 117.

²⁵⁶ Wie vorne in Fn. 143 festgehalten, hat das Bundesgericht hinsichtlich der Ausrichtung einer um 20% tieferen Sozialhilfe an vorläufig Aufgenommene festgehalten, dass dies nach einigen Jahren Aufenthalt in der Schweiz möglicherweise gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstossen könnte. Es ist aber schon aufgrund der gesetzlichen Grundlagen anzunehmen, dass eine solche Praxis weit verbreitet ist.

²⁵⁷ Wenn nämlich gewisse steuerfinanzierte Leistungen im Anschluss an den Eintritt eines Risikos der Sozialen Sicherheit gewährt werden, und der Wortlaut der Charta (genauer die Interpretationsbestimmung zu Art. 12 Abs. 4 im Anhang zur ESC/revESC) die Zulässigkeit einer angemessenen Vorwohndauer vor Leistungsbezug im Bereich der sozialen Sicherheit bestätigt, so darf, selbst wenn solch steuerfinanzierte Leistungen das Existenzminimum decken, sinnvollerweise nicht von der Unzulässigkeit einer Vorwohndauer ausgegangen werden, jedenfalls solange neben diese speziellen Existenzminimumleistungen die allgemeine Sozialhilfe diskriminierungsfrei gewährt wird. Dies muss u.E. selbst dann gelten, wenn die allgemeine Sozialhilfe ein *geringfügig* tiefer angesetztes Existenzminimum garantiert als spezielle Sozialhilfen.

dass die Situation von EU/EFTA-Ausländer/innen aufgrund des Freizügigkeitsabkommens/EFTA-Übereinkommens mit Art. 13 Abs. 1 vollständig vereinbar ist.

[Rz 224]²⁵⁸ Das heutige schweizerische Recht ist mit Art. 13 Abs. 2 über das **Verbot der Beschränkung politischer und sozialer Rechte von sozialhilfeabhängigen Personen** vereinbar, denn die Bundesverfassung verbietet namentlich die Einschränkung von politischen Rechten aufgrund von Sozialhilfeabhängigkeit.

[Rz 225]²⁵⁹ Die Rechtslage in der Schweiz ist mit Art. 13 Abs. 3 über den **Anspruch auf Beratung** vereinbar, da die Schweiz über zahlreiche öffentliche und private Institutionen verfügt, welche die Einwohner/innen hinsichtlich ihrer Rechte auf soziale und medizinische Hilfe beraten.

[Rz 226]²⁶⁰ Die Schweiz erfüllt die Erfordernisse von Art. 13 Abs. 4 über das **Recht von ESC-Ausländer/innen mit vorübergehendem oder unrechtmässigem Aufenthalt auf Nothilfe** aufgrund von Art. 12 BV über das Recht auf Nothilfe und der dazu ergangenen Bundesgerichtsrechtsprechung²⁶¹.

c) Art. 16 ESC/revESC: Das Recht der Familie auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz

[Rz 227]²⁶² Das schweizerische Recht stimmt mit Art. 16 über das Recht der Familie auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz überein. Dabei ist festzuhalten, dass für Familienleistungen eine Wohndauer im Inland von bis zu zwölf Monaten vorgängig des Bezugs von steuerfinanzierten Familienleistungen möglich ist, und weiter, dass der Sozialrechtsausschuss seit einigen Jahren die Frage der Auszahlung von Zulagen für im Ausland wohnhafte Kinder ausschliesslich unter Art. 12 Abs. 4 prüft.

d) Art. 7 ESC/revESC: Das Recht der Kinder und Jugendlichen auf Schutz

[Rz 228]²⁶³ Das schweizerische Recht stimmt nur teilweise mit Art. 7 über das Recht der Kinder und Jugendlichen auf Schutz überein. Denn im Bereich des dualen Berufsbildungssystems bleiben wahrscheinlich die schweizerischen Regelungen über die maximale Arbeitszeit der 15- bis 16-Jährigen (eingeschlossen die auf die Berufsschule verwendete Zeit) und sicherlich die fehlende Regelung sowie die Praxis betreffend die Höhe des Lehrlingslohnes hinter den Erfordernis-

sen des case law zu Abs. 4 und Abs. 5 zurück. Ein weiteres Problem könnten allenfalls schlechtere Chancen ausländischer Jugendlicher auf dem Lehrmarkt darstellen.

e) Art. 20 revESC: Das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

[Rz 229]²⁶⁴ Die schweizerische Gesetzgebung genügt knapp den Erfordernissen von Art. 20 über das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Problematisch sind möglicherweise das Fehlen der Beweislastumkehr bei Anstellungsdiskriminierungen und bei sexuellen Belästigungen sowie die apriorische Entschädigungsobergrenze für erlittene Geschlechterdiskriminierungen, auch wenn das Gesetz Spielraum für die Festlegung weiterer Ansprüche lässt. Die soziale Sicherheit der Erwerbstätigen gilt grundsätzlich ebenfalls als Teil der Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 20. Jedoch können die Ratifikationsstaaten diesbezüglich – und dies stellt eine Ausnahme im Rahmen der ESC/revESC dar – einen Vorbehalt für allfällig im nationalen Sozialversicherungsrecht bestehende Geschlechterdiskriminierungen anbringen.

f) Art. 1 ESC/revESC: Das Recht auf Arbeit

[Rz 230]²⁶⁵ Art. 1 Abs. 1 über die **Pflicht zur Vollbeschäftigungspolitik** ist eher eine Verhaltenspflicht («obligation of conduct») denn eine Ergebnispflicht («obligation of result»). Die schweizerische Situation steht namentlich seit der Stärkung arbeitsmarktmassnahmen durch die Revision vom 23. Juni 1995 des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung (AVIG) in Einklang mit Art. 6 Abs. 1.

[Rz 231]²⁶⁶ Art. 1 Abs. 2 umfasst das **Recht, seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen, sowie** zugleich laut Ausschusspraxis **ein Verbot der Diskriminierung bei der Arbeit und eine Garantie des Schutzes der Privatsphäre bei der Arbeit**. Das schweizerische Recht erfüllt die Erfordernisse von Art. 1 Abs. 2, soweit es um Datenschutz im Arbeitsverhältnis geht, hingegen nicht, wo die Ausschusspraxis eine eigentliche Antidiskriminierungsgesetzgebung im Arbeitsrecht fordert. Allerdings ist diesbezüglich darauf hinzuweisen, dass der Schweiz auch im Rahmen anderer Menschenrechtsabkommen die Einführung einer allgemeinen Diskriminierungsgesetzgebung namentlich im Bereich der Beschäftigung empfohlen wurde²⁶⁷.

²⁵⁸ Vgl. vorne in Rz 120.

²⁵⁹ Vgl. vorne in Rz 122.

²⁶⁰ Vgl. vorne in Rz 126.

²⁶¹ Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass Kinder laut der Spruchpraxis des Ausschusses zu Art. 7 ESC/revESC auch bei illegalem Aufenthalt Anspruch auf alle Gesundheitsleistungen (und nicht nur Anspruch auf medizinische Nothilfe) haben; vgl. vorne im Text bei Fn. 182.

²⁶² Vgl. vorne in Rz 139.

²⁶³ Vgl. vorne in Rz 151.

²⁶⁴ Vgl. vorne in Rz 164.

²⁶⁵ Vgl. vorne in Rz 172.

²⁶⁶ Vgl. vorne in Rz 180.

²⁶⁷ Vgl. Z.B. die Concluding observations vom 12. November 2001 des Human Rights Committee (HRC; das ist das Vertragsüberwachungsorgan zum UN-Pakt II) zum schweizerischen Staatenbericht, Rn. 10; nachdem der Ausschuss zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung (CERD;

Hinsichtlich des eigentlichen Rechts, seinen Lebensunterhalt durch eine frei übernommene Tätigkeit zu verdienen, können sich die Bestimmungen in Art. 64a in Verbindung mit Art. 16 AVIG sowie in Art. 7a IVG (in der seit 1. Januar 2008 geltenden Fassung) als Verstoß gegen Art. 1 Abs. 2 erweisen, welche zur Teilnahme an Beschäftigungs- und Trainingsprogrammen verpflichten, ohne notwendig die bisherigen berufliche Erfahrung und die persönlichen Fähigkeiten der versicherten Person zu berücksichtigen²⁶⁸.

[Rz 232]²⁶⁹ Die Schweiz erfüllt Art. 1 Abs. 3 über das Recht auf **unentgeltliche Arbeitsvermittlungsdienste** namentlich aufgrund der Regelungen des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih.

[Rz 233]²⁷⁰ Die Schweiz erfüllt Art. 1 Abs. 4 hinsichtlich des **Rechts auf Berufsberatung, auf Berufsausbildung und auf berufliche Wiedereingliederung**.

g) **Art. 5 ESC/revESC: Die Vereinigungsfreiheit**

[Rz 234]²⁷¹ Die schweizerische Gesetzgebung steht grundsätzlich mit Art. 5 über die Vereinigungsfreiheit in Einklang. Jedoch gewährt Art. 336 OR (beschränkte Folgen einer missbräuchlichen Kündigung) keinen zureichenden Schutz vor diskriminierender Entlassung aus Gründen der Gewerkschaftszugehörigkeit.

h) **Art. 6 ESC/revESC: Das Recht auf Kollektivverhandlungen**

[Rz 235]²⁷² Das schweizerische Recht steht grundsätzlich in Einklang mit Art. 6 über das Recht auf Kollektivverhandlungen. Immerhin bleibt – analog zu Art. 5 – die Frage nach der Kompatibilität des schweizerischen Schutz gegen eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen der Teilnahme an einem Streik jedenfalls während der Streikdauer offen.

i) **Art. 19 ESC/revESC: Das Recht der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Bestand**

[Rz 236]²⁷³ Das schweizerische Landesrecht stimmt bloss mit Art. 19 Abs. 1, 2, 3, 5, 7, 10, 11 und 12 überein, hingegen widerspricht es Art. 19 Abs. 4 (Gleichbehandlung von ESC-Ar-

beitsmigrant/innen insbesondere im Bereich des Wohnens), Art. 6 (Familiennachzugsrecht) und Art. 8 (Schutz vor Ausweisung). Immerhin ist die Situation der EU/EFTA-Ausländer/innen aufgrund des Freizügigkeitsabkommens/EFTA-Übereinkommens mit sämtlichen Absätzen von Art. 19 konform.

3. **Bewertungen der nicht kompatiblen Kernbestimmungen im Hinblick auf eine Ratifizierung durch die Schweiz**

a) **Die Ratifizierungspraxis der Schweiz hinsichtlich völkerrechtlicher Verträge**

[Rz 237] Hinsichtlich der Ratifizierung internationaler Verträge verfolgt die Schweiz ursprünglich die Strategie, einen Vertrag nur zu ratifizieren, wenn das schweizerische Landesrecht vollständig mit den Erfordernissen dieses Vertrages übereinstimmt. Diese Strategie wurde im Jahr 1969 dahin abgeändert, dass eine Ratifizierung auch dann in Frage kommt, wenn die Abweichungen und damit die erforderlichen Anpassungen im Landesrecht von begrenzter Reichweite sind²⁷⁴. Der Bundesrat beschrieb kürzlich im neunten Bericht über die Schweiz und die Konventionen des Europarates vom 21. Mai 2008 diese schweizerische Praxis wie folgt:

«Diese Praxis ist in einem älteren Geschäftsbericht des Bundesrates beschrieben (1988, S. 46) und ist auch heute noch gültig. Daraus geht vor allem hervor, dass der Bundesrat sich an den Grundsatz hält, Übereinkommen nur zu unterzeichnen, wenn in absehbarer Zeit mit einer Ratifikation gerechnet werden darf. Eine Ratifikation kann ferner nur dann angezeigt sein, wenn die Schweiz die vertraglich vereinbarten Verpflichtungen tatsächlich einzuhalten vermag, da zu den Grundsätzen des schweizerischen Rechtsstaates die strikte Beachtung völkerrechtlicher Regeln gehört. Für die Ratifikationspraxis des Bundesrates haben diese Grundsätze zur Folge, dass zwischen einem Übereinkommen und der innerstaatlichen Rechtsordnung keine erheblichen Unterschiede bestehen dürfen, für die nicht ein Vorbehalt angebracht werden könnte. Hingegen brauchen kleinere Differenzen einer Ratifikation nicht notwendigerweise entgegenzustehen. Selbst mit dem Landesrecht nicht ganz deckungsgleiche Vereinbarungen werden dem Parlament zur Genehmigung unterbreitet, wenn Abklärungen ergeben, dass die noch vorhandenen Lücken durch unmittelbar anwendbare Bestimmungen des internationalen Vertrages oder, falls das Übereinkommen nicht unmittelbar anwendbar ist, durch gesetzgeberische Massnahmen innert nützlicher Frist geschlossen werden können. Es ist ausserdem zu unterstreichen, dass die Stellungnahme der Kantone für die Übereinkommen, deren Gegenstand

das ist das Vertragsüberwachungsorgan zur Rassendiskriminierungskonvention) den Schlussbemerkungen vom 21. Mai 2002 die Schweiz um Informationen über Gesetzgebung betreffend das Verbot der Rassendiskriminierung auch im Privatsektor, namentlich im Bereich der Beschäftigung, gebeten hatte, bemängelte er nun in den im August 2008 veröffentlichten aktuellsten Schlussbemerkungen, dass die Schweiz über kein solche Gesetzgebung verfüge (vgl. NZZ vom 16./17. August 2008, S. 15).

²⁶⁸ Ebenso im Rahmen von Art. 12 Abs. 1, vorne im Text bei Fn. 249.

²⁶⁹ Vgl. vorne in Rz 182.

²⁷⁰ Vgl. vorne in Rz 184.

²⁷¹ Vgl. vorne in Rz 192.

²⁷² Vgl. vorne in Rz 203.

²⁷³ Vgl. vorne in Rz 214.

²⁷⁴ Vgl. Jon A. Fanzun, 2005, S. 277 mit Hinweis auf BBl 1969 I 713, 719.

im Wesentlichen im Zuständigkeitsbereich der Kantone liegt, gebührend berücksichtigt werden muss.

Der Bundesrat berücksichtigt die oben genannten Faktoren und ist gleichzeitig bemüht, gegenüber den Europaratskonventionen insgesamt eine möglichst offene Haltung einzunehmen.»²⁷⁵

[Rz 238] Hinsichtlich der europäischen Sozialcharta beschrieb der Bundesrat des Weiteren in aller Kürze die Unterzeichnung vom 6. Mai 1976 und insbesondere den zweiten gescheiterten Anlauf, der mit der Abschreibung des Parlamentarische Initiative von 1991 durch den Nationalrat im Dezember 2004 endete. Alsdann qualifizierte der Bundesrat die Priorität der Ratifizierung für die Schweiz mit «C»; diese Qualifizierung kennzeichnet «Konventionen, die für die Schweiz von Interesse wären, deren Ratifikation in naher Zukunft jedoch juristische, politische oder praktische Probleme stellen würde»²⁷⁶. Weiter beschrieb der Bundesrat kurz den Inhalt der revESC und bezeichnete die Ratifikationspriorität mit «D». Diese Kennzeichnung betrifft «Übereinkommen, die unser Land nicht zu ratifizieren beabsichtigt»²⁷⁷.

b) Gewichtung insbesondere der Abweichungen der schweizerischen Rechtsordnung von den Erfordernissen der ESC/revESC

[Rz 239] Die schweizerische Rechtsordnung ist mit zwei Kernbestimmungen der ESC/revESC vollständig kompatibel, erstens nämlich mit **Art. 16 über das Recht der Familie auf sozialen, gesetzlichen und wirtschaftlichen Schutz** und zweitens mit **Art. 20 revESC über das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts**. Falls sich im Bereich von Art. 20 revESC dennoch geringfügige Probleme ergeben sollten, so ist daran zu erinnern, dass die Schweiz neben den IAO-«core conventions» Nr. 100 und Nr. 111 auch die UN-Spezialkonvention zur Beseitigung jeder Diskriminierung der Frau (FDK) ratifizierte und das Zusatzprotokoll zur FDK über ein Individualbeschwerdeverfahren auf internationaler Ebene in Bälde ratifizieren wird, weshalb auch von dieser Seite ein Druck zu gewissen Anpassungen im schweizerischen Gleichstellungsrecht nicht ausgeschlossen werden kann.

[Rz 240] Bei zwei weiteren Kernbestimmungen, nämlich bei **Art. 5 über die Vereinigungsfreiheit** und **Art. 6 über das Recht auf Kollektivverhandlungen**, besteht bloss eine Abweichung, welche die Schweiz bereits aufgrund mindestens eines andern Menschenrechtsvertrags bereinigen sollte. Denn der IAO-Ausschuss für Gewerkschaftsrechte

erklärte im Rahmen einer Klage, welche die Gewerkschaft UNIA am 14. Mai 2003 gegen die Schweiz erhoben hatte, dass der Schutz, den Art. 336 OR im Falle der Entlassung wegen Gewerkschaftszugehörigkeit bietet, im Hinblick auf Art. 1 des IAO-Übereinkommens Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechts und des Rechts auf Kollektivverhandlungen ungenügend sei. Folglich ist die Schweiz bereits aus diesem Grund gehalten, den Schutz gegen Entlassung aus Gründen der Gewerkschaftszugehörigkeit oder wegen Gewerkschaftsaktivitäten zu verbessern (auch wenn sich die Bundesbehörden mit dieser Empfehlung schwer tun). Es ist zudem nicht auszuschliessen, dass die Schweiz im Rahmen der UN-Pakte I und II künftig mit dem gleichen Problem konfrontiert wird.

[Rz 241] Die Anerkennung von **Art. 1 über das Recht auf Arbeit** dürfte vorläufig auf starken Widerstand stossen, weil Art. 1 Abs. 2 gemäss der Ausschusspraxis (im Rahmen der revESC verstärkt durch das Diskriminierungsverbot in Art. E revESC) eine allgemeine Diskriminierungsgesetzgebung im Bereich der Beschäftigung erforderlich macht. Sie sollte derjenigen des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) ähnlich sein. Allerdings ist diesbezüglich darauf hinzuweisen, dass der Schweiz im Rahmen anderer Menschenrechtsabkommen ebenfalls die Einführung einer allgemeinen Diskriminierungsgesetzgebung empfohlen wurde²⁷⁸. Weiter sind im Rahmen von Art. 1 Abs. 2 (gleich wie im Übrigen im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 und Abs. 3 sowie Art. 13 Abs. 1) diejenigen Gesetzesbestimmungen wie Art. 64a in Verbindung mit Art. 16 AVIG und Art. 7a IVG (in Kraft seit dem 1. Januar 2008) zu ändern, nach denen Arbeitslose oder von Invalidität bedrohte Personen zur Teilnahme an einem Beschäftigungstraining verpflichtet werden können, ohne dass dabei ihre bisherige Berufserfahrung oder ihre beruflichen Fähigkeiten berücksichtigt werden müssen. Es ist zwar anzunehmen, dass die Sachbearbeiter/innen an der Front in der Regel bei der Verpflichtung einer Person zur Teilnahme an Beschäftigungs- oder Trainingsprogrammen die Berufserfahrung und Fähigkeiten der betroffenen Personen tatsächlich und vernünftigerweise berücksichtigen (und so im ökonomischen Sinn für eine in etwa optimale Allokation der Ressource «Arbeit» sorgen). Dennoch ist unklar, wie gross der psychologisch-politische Widerstand gegen entsprechende Gesetzesänderungen ist. Für eine Änderung spräche im Übrigen auch, dass die Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO), zu deren Gründungsmitgliedern die Schweiz einst zählte, postuliert, dass die Arbeitnehmer/innen in Berufen beschäftigt werden, «in denen sie die Befriedigung haben können, ihre Fähigkeiten und Kenntnisse in vollem Umfang zu entfalten und das Beste zum Gemeinwohl beizutragen»²⁷⁹.

[Rz 242] Nicht mit der Anerkennung seitens der Schweiz zu

²⁷⁵ Bundesrat, Neunter Bericht über die Schweiz und die Konventionen des Europarates vom 21. Mai 2008, in BBl 2008 4533, 4541 (Kursivdruck vom Verfasser).

²⁷⁶ BBl 2008 4533, 4542.

²⁷⁷ BBl 2008 4533, 4542 und 4547.

²⁷⁸ Vgl. vorne im Fn. 267.

²⁷⁹ Vgl. www.ilo.org/ilolex/english/constq.htm.

rechnen ist – überraschenderweise – bei **Art. 7 über den Schutz von Kindern und Jugendlichen**. Denn die laut Spruchpraxis erforderliche Mindesthöhe des Lehrlingslohnes würde wohl tief ins schweizerische duale Bildungssystem eingreifen. Etwas weniger gravierend erscheint hingegen das Charta-Erfordernis, dass die zulässige Arbeitszeit für 15-16-jährige Jugendliche höchstens acht Tages- oder 40 Wochenstunden betragen darf.

[Rz 243] **Art. 12 über das Recht auf soziale Sicherheit**: Ebenfalls ein *pièce de résistance* dürfte im Falle von **Art. 12 Abs. 1** über die Existenz eines Systems der sozialen Sicherheit vorliegen, insofern der Ausschuss das Fehlen einer obligatorischen sozialen Krankentaggeldversicherung in der Schweiz bemängeln könnte. Hier stellt sich nicht nur die Frage der Einführung eines neuen Sozialversicherungszweiges, sondern es bestehen starke Interessen der Privatversicherer an der Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtslage. Allenfalls liesse sich ein Kompromiss finden, wenn man – wie in der EU aufgrund des Wettbewerbsrechts teils diskutiert – die private Krankenversicherung mit einem Solidaritätszuschlag belasten würde, welcher der sozialen Taggeldversicherung zwecks Ausgleich der vermehrten Lasten zukommt, die diese aufgrund der adversen Risikoselektion in der Privatversicherung und damit aufgrund ihrer Funktion als Auffangbecken für schlechte Risiken zu tragen hat oder hätte. Auch die Anerkennung von **Art. 12 Abs. 4 über die Gleichbehandlungen von ESC-Ausländer/innen und den Rentenexport in ESC-Staaten** dürfte Schwierigkeiten bereiten, obgleich die schweizerische Rechtslage weniger weit von diesen Zielen entfernt ist, als oft angenommen wird. Denn die Schweiz erfüllt die Erfordernisse von Art. 12 Abs. 4 gegenüber den Bürger/innen von 28 ESC-Staaten (demnächst vielleicht sogar von 30 ESC-Staaten) aufgrund des Abschlusses FZA/EFTA-Übereinkommens bereits heute vollumfänglich (also gegenüber den EU/EFTA-Staaten). Gegenüber vier weiteren Staaten (Türkei, Bosnien und Herzegovina, Kroatien und Mazedonien) erfüllt sie diese Bedingungen aufgrund der zweiseitigen Sozialversicherungsabkommen weitgehend. Hinsichtlich der übrigen fünf ESC-Ratifikationsstaaten würden der Abschluss von Sozialversicherungsabkommen zugunsten migrierender Bürger/innen oder zumindest entsprechende einseitige Massnahmen in den schweizerischen Sozialversicherungsgesetzen notwendig. *Inhaltlich* fallen dabei am meisten die Rentenexportfrage im Bereich der AHV/IV²⁸⁰ sowie – gegebenenfalls – die Frage der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten in der Arbeitslosenversicherung ins Gewicht²⁸¹. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass für ausschliesslich steuerfinanzierte Leistungen eine Wohndauer vorgängig des Leistungsbezugs von bis zu zwölf Monaten zulässig ist und dass Kinderzulagen für im Ausland wohnhafte Kinder nicht exportiert werden müssen, jedoch

der Sozialrechtsausschuss in mittelfristiger Perspektive den Abschluss von zweiseitigen Abkommen zwecks Export von zumindest lebensstandardabgestuften Kinderzulagen mit solchen Ländern fordert, die den Export von Kinderzulagen zulassen²⁸².

[Rz 244] Auf grosse Schwierigkeiten dürfte **Art. 13 über das Recht auf soziale und medizinische Fürsorge** namentlich wegen der Frage der Repatriierung von sozialhilfeabhängigen Ausländer/innen stossen. Auch wenn hier die Spruchpraxis zu Art. 13 Abs. 1 die Repatriierung von ESC-Ausländer/innen, deren Aufenthaltsbewilligung abgelaufen ist und die nicht mehr eine ordnungsgemässe Tätigkeit ausüben, zulässt, so untersagt sie den Entzug einer laufenden Aufenthaltsbewilligung aufgrund von Fürsorgeabhängigkeit. Nach schweizerischem Recht kann dagegen die andauernde und schwere Sozialhilfeabhängigkeit zum Entzug der Jahresaufenthaltsbewilligung oder der Niederlassungsbewilligung führen (das erstere geschieht allerdings selten, da es einfacher ist, den Ablauf der Jahresbewilligung abzuwarten). Auch verstösst eine um 20% tiefere Sozialhilfe für vorläufig Aufgenommene, die (voraussichtlich) längere Zeit in der Schweiz Wohnsitz haben, gegen das Gleichbehandlungsgebot, welches laut Spruchpraxis und Art. E revESC auch im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 gilt. Ein weiteres Problem im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 ergibt sich daraus, dass die «Fürsorge» im Sinne dieser Bestimmung nicht immer leicht von Leistungen der «sozialen Sicherheit» im Sinne von Art. 12 abzugrenzen ist. Jedoch ist im Rahmen von Art. 12 jedenfalls eine einjährige Mindestwohndauer im Inland vor dem Bezug von steuerfinanzierten Leistungen grundsätzlich zulässig, nicht aber im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 (was einen kritisierbaren Widerspruch in der gegenwärtigen Ausschusspraxis darstellt)²⁸³. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass spezielle Existenzminimumleistungen wie das Revenue minimum d'insertion, die Arbeitslosenhilfe oder die Kleinkindererziehungshilfen an ledige Mütter als «Sozialhilfe» im Sinne von Art. 13 Abs. 1 qualifiziert werden und daher allfällige Erfordernisse der Vorwohndauer vorgängig des Leistungsbezugs unzulässig sind²⁸⁴.

[Rz 245] Mit der Anerkennung von **Art. 19 über das Recht der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien auf Schutz und Beistand** ist kaum zu rechnen. Denn Art. 19 Abs. 6 verlangt eine Gestaltung des Familiennachzugsrechts von

²⁸⁰ Vgl. vorne im Fn. 253.

²⁸¹ Zur Kritik vgl. vorne in Fn. 254.

²⁸² Kein Problem stellt hingegen – überraschenderweise – **Art. 12 Abs. 3** betreffend die Pflicht, das System der sozialen Sicherheit immer auf einen höheren Stand zu bringen, dar, denn die Auslegungspraxis reagierte bezüglich dieser Bestimmung stark und in restriktivem Sinn auf das geänderte Umfeld.

²⁸³ Zur Kritik vgl. vorne in Fn. 257.

²⁸⁴ Kein Problem für die Schweiz stellt **Art. 13 Abs. 4** über das Recht von ESC-Ausländer/innen mit vorübergehendem oder unrechtmässigem Aufenthalt auf Nothilfe dar, denn die Erfordernisse dieser Bestimmung sind aufgrund von Art. 12 BV über das Recht auf Nothilfe und der dazu ergangenen Bundesgerichtsrechtsprechung erfüllt.

ESC-Ausländer/innen, welche deutlich über die Voraussetzungen der schweizerischen Ausländergesetzgebung (AuG) hinausgeht. Zudem ist in Art. 19 Abs. 8 ein Schutz vor Ausweisung festgeschrieben, der demjenigen von Art. 13 Abs. 1 vergleichbar ist.

[Rz 246] **Vergleicht man den UN-Pakt I mit der ESC/revESC**, so lässt sich in vereinfachender Weise sagen, dass jener Garantien von allgemein recht hohem Abstraktionsgrad enthält, während die Bestimmungen der ESC/revESC einen mittleren Konkretisierungsgrad aufweisen. Dies dürfte einmal damit zusammenhängen, dass **die ESC/revESC bzw. die Ausschusspraxis zahlreiche Standards aus verschiedensten IAO-Übereinkommen (vor allem hinsichtlich des Arbeitsrechts) und Europarats-Übereinkommen (vor allem hinsichtlich des Sozialrechts) übernimmt**. Dies dürfte aber auch daher rühren, dass die ESC/revESC einen euroregionalen Menschenrechtsvertrag darstellt, der nicht einen für alle Länder der Welt gültigen Standard aufstellen will, sondern vor dem Hintergrund der gemeinsamen Geschichte und Kultur sowie eines hohen wirtschaftlichen Entwicklungsstandes (letzteres jedenfalls, was die herkömmlichen westeuropäischen Mitgliedstaaten betrifft) einen höheren sozialstaatlichen Standard durchsetzen will. Dazu gehört vielleicht auch der Wille, innerhalb dieses Kulturkreises die gegenseitige Behandlung der jeweils ausländischen Staatsbürger/innen vorteilhaft zu gestalten²⁸⁵ (was das Aufenthaltsrecht oder das Recht auf soziale Sicherheit und Sozialhilfe der ESC-Ausländer/innen betrifft, auch wenn Verstösse der Mitgliedstaaten gegen diese Normierungen jedenfalls bis vor Kurzem «die Regel und nicht die Ausnahme»²⁸⁶ waren). Überdies hat man bisweilen den Eindruck, dass die Spruchpraxis des Sozialrechtsausschusses gerade in diesen Bereichen gewisse Anlehnungen an das Recht der Europäischen Union macht.

[Rz 247] Hinsichtlich der **Gleichbehandlung der Ausländer/innen** namentlich in der sozialen Sicherheit ist darauf hinzuweisen, dass die Spruchpraxis zu andern Menschenrechtsverträgen bereits heute starkes Gewicht auf die Gleichbehandlung von Ausländer/innen im Bereich von Sozialleistungen legt. Dies gilt nicht nur für die beiden UN-Pakte²⁸⁷ und die UN-Spezialkonventionen wie die Kinderrechtskonvention (KRK) oder die Konvention gegen die Diskriminierung der Frau (KRK), sondern auch für die EMRK. Im internationalen Sozialrecht wird daher das Diskriminierungsverbot (gerade im Bereich der Ausländerdiskriminierung) zu Recht

als «Einfallstor»²⁸⁸ für die richterliche Determinierung des nationalen Sozialrechts aufgrund von menschenrechtlichen Vorgaben bezeichnet. Dabei stellt die Gleichbehandlung von Ausländer/innen mittlerweile den Standard im internationalen Menschenrechtsschutz dar. Allerdings kann im Fall der Schweiz aufgrund der fehlenden Ratifizierung des 12. Zusatzprotokolls zur EMRK – es enthält ein selbständiges Diskriminierungsverbot, das alle Rechtsmaterien und damit auch den Bereich der Sozialleistungen betrifft – nur das akzessorische Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK greifen – es entfaltet seine Wirkung bloss in Bereichen, welche materiell einer andern EMRK-Garantie zugeordnet werden können (sog. Akzessorietät). Da weiter die Schweiz das 1. Zusatzprotokoll zur EMRK nicht ratifizierte – dieses enthält eine materielle Garantie des Eigentumsrechts, welche laut dem Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) auch die Materie der sozialen Sicherheit beschlägt²⁸⁹ –, kann das Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK im Fall der Schweiz nur, aber immerhin, im Bereich solcher Sozialleistungen wirken, welche den materiellen Gegenstandsbereich von Art. 8 EMRK über die Garantie des Schutzes des Familienlebens berühren²⁹⁰. Indes beobachtet das Bundesgericht die Entwicklung im Rahmen des Verbots der Diskriminierung von Ausländer/innen nach Art. 14 EMRK im Bereich der sozialen Sicherheit sehr genau²⁹¹. Schliesslich kann ergänzt werden, dass der EGMR jüngst ein Aufsehen erregendes Urteil fällte, worin er die Repatriierung eines türkischen Staatsangehörigen, der seit Kindheit in der Schweiz wohnte und im Anschluss an mehrere strafrechtliche Sanktionen aus der Schweiz ausgewiesen worden war, als unverhältnismässig und als Verstoß gegen Art. 8 EMRK bezeichnete²⁹². Folglich finden auch im Bereich anderer Menschenrechtsverträge Entwicklungen statt, die die Anliegen von Art. 19 befördern.

[Rz 248] Wie die Ausführungen zur Spruchpraxis im Rahmen anderer Menschenrechtsverträge zeigen (dies namentlich hinsichtlich der Notwendigkeit einer Antidiskriminierungsgesetzgebung, des Schutz vor Entlassungen wegen Gewerkschaftszugehörigkeit oder –tätigkeit und der Gleichbehandlung von Ausländer/innen in der sozialen Sicherheit), findet aufgrund der vielfältigen und sich gegenseitig stützenden Aktivitäten internationaler Organe im Bereich des Menschenrechtsschutzes gegenwärtig eine **Konstitutionalisierung betreffend Menschenrechte auf internationaler Ebene** statt. Dieser Entwicklung kann sich die Schweiz schon deshalb nicht entziehen, weil sie mehrere Menschenrechtsverträge

²⁸⁵ Dabei fällt schon auf, dass die ESC/revESC im Gegensatz zu andern Menschenrechtsverträgen wie namentlich dem UN-Pakt I nur die Bürger/innen der Ratifikationsstaaten, nicht aber alle Menschen unter der Hoheitsgewalt der Ratifikationstaaten schützt.

²⁸⁶ Angelika Nussberger, 2005, S. 321.

²⁸⁷ Vgl. nun die zentrale Rolle, die das Diskriminierungsverbot in den Überlegungen des CESCR, General comment Nr. 19 vom 4. Februar 2008, «The right to social security (art. 9)», spielt.

²⁸⁸ Angelika Nussberger, 2005, S. 92.

²⁸⁹ Das 1. Zusatzprotokoll enthält überdies ein Recht auf Bildung.

²⁹⁰ Vgl. Christoph Grabenwarter, 2007, S. 47 ff., Angelika Nussberger, 2005, S. 64 ff., Edgar Imhof, 2005.

²⁹¹ Vgl. in jüngster Zeit nur BGE 134 I 105, 109 Erw. 5; BGE 133 V 367, 388 F. Erw. 11.3, SVR 2006 BVG Nr. 6 (= B 84/03). Für mehr Informationen zu den menschenrechtlichen Diskriminierungsverboten vgl. vorne im Text bei Fn. 64.

²⁹² EGMR-Urteil Nr. 42034/04 vom 22. Mai 2008, Emre Emrah c. Suisse.

sowie die IAO-«core conventions» ratifiziert hat. Die Inhalte und Garantien dieser Abkommen überlappen sich teilweise und die zu den jeweiligen Abkommen ergehende Spruchpraxis befördert und befruchtet sich gegenseitig (auch wenn sie nicht immer deckungsgleich ist). Die Frage des Beitritts der Schweiz zur ESC/revESC ist deshalb gerade auch hinsichtlich solcher Kerngarantien, denen das schweizerische Recht gegenwärtig nicht genügt, unter dem Aspekt der allgemeinen Konstitutionalisierung betreffend Menschenrechte auf internationaler Ebene zu betrachten.

[Rz 249] Wie in Teil A zu Beginn dieses Gutachtens erwähnt wurde und wie die Botschaft des Bundesrates von 1983 zur Ratifizierung der ESC betonte, verpflichtete sich die Schweiz mit dem Beitritt zum Europarat, **«aufrichtig und tatkräftig an der Verfolgung des in Teil I [der Satzung des Europarates, d.V.] gekennzeichneten Zieles mitzuarbeiten»²⁹³**. Zu diesen Zielen gemäss Teil I gehört die Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts durch die Ratifizierung von Menschenrechtsverträgen und Abkommen. Hierzu zählt neben der EMRK zuallererst die ESC/revESC. Die Haltung des Bundesrates in seiner Stellungnahme von 1996 zum Bericht der SGK-NR – er führte aus, angesichts der Uneinigkeit der Sozialpartner/innen in der Ratifizierungsfrage wolle er sich gegenwärtig eher den drängenden wirtschaftlichen und sozialen Frage widmen – stimmt mit der übernommenen Verpflichtung nicht überein. Auch im neunten Bericht über die Schweiz und die Konventionen des Europarates vom 21. Mai 2008 findet sich keine wirkliche materielle Begründung für die vorläufige (betreffend ESC) oder definitive (betreffend revESC) Ablehnung des Beitritts²⁹⁴.

Die wichtigsten Abkürzungen

AB N/AB S Amtliches Bulletin des Nationalrates,
Amtliches Bulletin des Ständerates

AmtlBull NR/StR Amtliches Bulletin des Nationalrates,
Amtliches Bulletin des Ständerates

BBl Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft

CESCR Ausschuss für soziale, wirtschaftliche und kulturelle Rechte (Vertragsüberwachungsorgan zum UN-Pakt I)

ECSR European Committee on Social Rights, Sozialrechtsausschuss (Vertragsüberwachungsorgan zur ESC/revESC)

EMRK Übereinkommen vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Europäische Menschenrechtskonvention

EASS Europäisches Abkommen über die soziale Sicherheit (= Koordinationsabkommen)

EOSS Europäische Ordnung der Sozialen Sicherheit (= Harmonisierungsabkommen)

FDK Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau

IAO/ILO Internationale Arbeitsorganisation, International Labour Organisation

KRK Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, Kinderrechtskonvention

SEV Sammlung der Europaratsverträge

SGK-NR Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates

UN-Pakt I Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

UN-Pakt II Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte

Literatur

- Akandji-Kombé Jean-François/Leclerc Stephan et al. (Hrsg.), La charte sociale européenne, Bruxelles 2001.
- Baumann Meret, Das Solidaritätsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Dissertation Zürich 2008.
- Belser Eva Maria, The White Man's Burden, Arbeit und Menschenrechte in der globalisierten Welt, Bern 2007.
- Bigler-Eggenberger Margrit/Kaufmann Claudia (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 1. Auflage, 1997.
- Birk Rolf, Implementierung der Europäischen Sozialcharta, in Becker/von Maydell/Nussberger (Hrsg.), Die Implementierung internationaler Sozialstandards, Zur Durchführung und Herausbildung von Standards auf überstaatlicher Ebene, Baden-Baden 2007, S. 39-50 (mit einem Kommentar von Theo Öhlinger auf S. 51-56).
- Breitenmoser Stephan/Husheer André, Europarecht, Band II, Binnenmarkt- und Aussenwirtschaftspolitik der EG, Europäischer Grundrechtsschutz (EU, Europarat, OSZE), 2., überarbeitete Auflage, Zürich 2002, S. 848-874.
- Cholewinski Ryszard, Migrant Workers in International Human Rights Law, Their Protection in Countries of Employment, Oxford 1997, S. 227 ff.
- Die bedarfsabhängigen Sozialleistungen in der Schweiz, Überblick über die kantonalen Bedarfsleistungen 2002, in info:social 2/2006
- Eugster Gerhard, Vergleich der

²⁹³ Art. 3 der Satzung des Europarates.

²⁹⁴ Bundesrat, Neunter Bericht über die Schweiz und die Konventionen des Europarates vom 21. Mai 2008, in BBl 2008 4533, 4541.

Krankentaggeldversicherung (KTGV) nach KVG und nach VVG, in Adrian von Kaenel, Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Zürich 2007, S. 47 ff.

- Europarat (Hrsg.), Die Europäische Sozialcharta, Ein Leitfaden, Berlin/Heidelberg 2002.
- Fanzun Jon A., Die Grenzen der Solidarität, Schweizerische Menschenrechtspolitik im Kalten Krieg, Zürich 2005.
- Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Stämpfli Handkommentar SHK, Bern 2005.
- Grabenwarter Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. A., München/Basel/Wien 2008.
- Grabenwarter Christoph, Sozialstandards in der Europäischen Menschenrechtskonvention, in Becker/von Maydell/Nussberger (Hrsg.), Die Implementierung internationaler Sozialstandards, Zur Durchführung und Herausbildung von Standards auf überstaatlicher Ebene, Baden-Baden 2007, S. 83-121.
- Harris David, The European Social Charter, 2. A., Ardsley/New York 2001.
- Hausammann Christina, Die Geltung des Diskriminierungsverbots in der Schweiz, in Tangram (Bulletin der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus) 10/2002, S. 34 ff. (Google)
- Imesch Elisabeth, Die Aktivitäten der Europarates im Bereich der sozialen Sicherheit, in CHSS 2/1993 S. 45 ff.
- Imhof Edgar, Ausländerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Aspekte der Beschäftigung von EU/EFTA-Arbeitnehmer/innen, unter besonderer Berücksichtigung der Schnittstellen zwischen Aufenthaltsrecht und Sozialrecht (erscheint demnächst in einem Sammelband des KMU-Instituts der Universität Luzern; zitiert Imhof, 2008).
- Imhof Edgar, Die Bedeutung menschenrechtlicher Diskriminierungsverbote für die soziale Sicherheit der Schweiz, Theorie und Praxis zu den Diskriminierungsverboten nach EMRK, UN-Pakt I und II, KRK, FDK und RDK, in Jusletter vom 7. Februar 2005.
- International Labour Organisation (ed.), Freedom of association – Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Fifth (revised) edition, 2006.
- Jaag Tobias, Europarecht, Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, Zürich 2003.
- Kahil-Wolff Bettina/Greber Pierre-Yves, Sécurité sociale: aspects de droit national, international et européen, Genf/Basel/München 2006.
- Kälin Walter/Künzli Jörg, Universeller Menschenrechtsschutz, Basel 2005.
- Körner Marita, Das internationale Menschenrecht auf Arbeit, Völkerrechtliche Anforderungen an Deutschland, Studie am Deutschen Institut für Menschenrechte, Berlin 2004.
- Kovacs Erika, The Right to Strike in the European Social Charter, in Comparative Labor Law and Policy Journal 26, No. 4/2005, S. 445 ff.
- Larralde Jean-Manuel, Charte Sociale et Convention Européenne des Droits de l'Homme, in Akandji-Kombé Jean-François/Leclerc Stephan et al. (Hrsg.), La charte sociale européenne, Bruxelles 2001, S. 123 ff.
- Marmier Pierre-André, Le droit de négociation collective: étude comparative des principes de l'article 6 de la Charte sociale européennes et du droit collectif du travail en Suisse, Lausanne 1975.
- Kuster Susanne, Streik und Aussperrung aus verfassungs- und völkerrechtlicher Sicht, in Jusletter vom 7. März 2005.
- Nagel S. Günter/Thalamy Christian, Le droit international de la sécurité sociale, Paris 1994.
- Neubeck Xenia, Die Europäische Sozialcharta und deren Protokolle: Einfluss und Bedeutung der sozialrechtlichen Bestimmungen der Europäischen Sozialcharta auf das deutsche Recht und auf das Recht der Europäischen Union, Frankfurt am Main 2002.
- Nussberger Angelika, Das Sozialrecht der internationalen Organisationen, in von Maydell/Ruhland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch (SRH), 3. A., Baden-Baden 2003.
- Nussberger Angelika, Die aktuelle Diskussion um sozialpolitische Reformen und Sparmassnahmen vor dem Hintergrund internationaler Normen, in Becker/Boecken/Nussberger/Steinmeyer (Hrsg.), Reformen des deutschen Sozial- und Arbeitsrecht im Lichte supra- und internationaler Vorgaben, Baden-Baden 2005, S. 47 ff. (zitiert Angelika Nussberger, 2005/2)
- Nussberger Angelika, Sozialstandards im Völkerrecht, Eine Studie zu Entwicklung und Bedeutung der Normsetzung der Vereinten Nationen, der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarates zu Fragen des Sozialschützes, Münchner Habilitationsschrift 2002, Berlin 2005.
- Öhlinger Theo, Die Europäische Sozialcharta, in Maschter Franz (Hrsg.), Die Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte – Eine rechtsvergleichende Bestandesaufnahme 1991, S. 335-354.
- Öhlinger Theo, Standard-Setting Activities by

Regional Institutions, Taking the Council of Europe as an Example: The European Social Charter, in von Maydell Bernd/Nussbaumer Angelika (Hrsg.), Social protection by the Way of International law, Appraisal, Deficits und Further Development, Berlin 1996, S. 43 ff.

- Pärli Kurt/Caplati Alexandra/Suter Caroline, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, Bern/Stuttgart/Wien 2007,
- Portmann Wolfgang/Stöckli Jean-Fritz, Kollektives Arbeitsrecht, Zürich 2004.
- Riedel Eibe, Die Implementierung des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, in Becker/von Maydell/Nussberger (Hrsg.), Die Implementierung internationaler Sozialstandards, Zur Durchführung und Herausbildung von Standards auf überstaatlicher Ebene, Baden-Baden 2007, S. 21-38 (mit einem Kommentar von Jakob Schneider auf S. 31-37).
- Samuel Lenia, Fundamental social rights: case law of the European Social Charter, 2nd ed., Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2002.
- Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Migrationsrecht, Zürich 2008.
- Vandamme Francois, Les droits protégés par la Charte sociale, contenu et portée, in Akandji-Kombé Jean-François/Leclerc Stephan et al. (Hrsg.), La charte sociale européenne, Bruxelles 2001, S. 11 ff.
- Wasescha Luzius, Le système de contrôle de l'application de la Charte sociale européenne : sa genèse, sa mise en pratique, ses résultats et propositions d'amendement, Genf 1980.
- Weiss Norman, Wirkung und Mängel der Europäischen Sozialcharta, in: von Arnim Gabriele et al. (Hrsg.), Jahrbuch Menschenrechte 2003, 2002, S. 305-312.
- Wiebringhaus Hans, Le «droit à la sécurité sociale» et la Charte sociale européenne, in Mélanges Alexandre Berenstein, Le droit social à l'aube du XXI^e siècle, Lausanne 1989, S. 355-377.
- Zuleeg Manfred, Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge am Beispiel des GATT und der Europäischen Sozialcharta, in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 35/1975, S. 341 ff.

Die wichtigsten schweizerische Materialien

- Botschaft des Bundesrates betreffend Europäische

Sozialcharta vom 13. Juni 1983, in BBl 1983 II 1241-1366 (*Botschaft 1983*).

- Parlamentarische Initiative Genehmigung der Europäischen Sozialcharta, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 17. November 1995, in BBl 1996 II 721 ff. (*Bericht 1995*).
- Parlamentarische Initiative Genehmigung der Europäischen Sozialcharta, Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht vom 17. November 1995 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, in BBl 1996 I 1271-1274 (*bundesrätliche Stellungnahme 1996*).
- Parlamentarische Initiative Genehmigung der Europäischen Sozialcharta, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, undatiert (*Bericht 2002*).
- Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates SGK-N, Sitzung vom 26. November 2004, Parlamentarische Initiative Ratifizierung der Europäischen Sozialcharta, Zusatzbericht vom 29. Oktober 2004 über die Bearbeitung des Berichts (*Zusatzbericht 2004*).
- Nationalrat, AB 1996 N 1729-1756: Diskussion und Rückweisung des Geschäfts «Ratifizierung der Europäischen Sozialcharta» an die SGK-NR
- Nationalrat, AB 2004 N 2168-2170, Parlamentarische Initiative Sozialdemokratische Fraktion. Genehmigung der Europäischen Sozialcharta, Abschreibung.
- Parlamentarische Initiative Genehmigung der Europäischen Sozialcharta, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. November 2004 (91.419 n).

Europäische Materialien

- European Committee of Social Rights (ECSR), Digest of case law, 2006 (this Digest, prepared by the Secretariat, is not binding on the Committee).
- Für weitere Materialien und ihre Fundstellen wird auf Teil B Kapitel 1 des vorliegenden Gutachtens verwiesen.

PD Dr. iur. Kurt Pärli, Privatdozent an der Universität St. Gallen, Leiter Forschung und Entwicklung des Instituts für Wirtschaftsrecht, School of Management and Law, ZHAW Winterthur. Dr. iur. Edgar Imhof (1962-2009) war Ersatzrichter am Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der School of Management and Law, Institut für Wirtschaftsrecht, ZHAW, Winterthur.
